

LA DÉCHÉANCE DE L'ENTREPRENEUR

Commentaire de l'article 35 du
Cahier des Clauses et Conditions
Générales, imposées aux En-
trepreneurs des Travaux des
Ponts-et-Chaussées et des articles
correspondants des autres Cahiers

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 5 Décembre 1933, à 14 heures

PAR

Philippe FOUGEROLLE

Président : M. A. MESTRE, Professeur

Suffragants { MM. J. BASDEVANT, } *Professeurs*
 { J. BARTHELEMY, }

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1933

Fougerolle

A

LA DÉCHÉANCE DE L'ENTREPRENEUR

**Commentaire de l'article 35 du
Cahier des Clauses et Conditions
Générales, imposées aux En-
trepreneurs des Travaux des
Ponts-et-Chaussées et des articles
correspondants des autres Cahiers**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LA DÉCHÉANCE DE L'ENTREPRENEUR

Commentaire de l'article 35 du
Cahier des Clauses et Conditions
Générales, imposées aux En-
trepreneurs des Travaux des
Ponts-et-Chaussées et des articles
correspondants des autres Cahiers

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 5 Décembre 1933, à 14 heures

PAR

Philippe FOUGEROLLE

Président : M. A. MESTRE, Professeur

Suffragants { MM. J. BASDEVANT, } *Professeurs*
 { J. BARTHELEMY, }

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1933



TEXTES

Clauses et conditions générales imposées aux Entrepreneurs des travaux des Ponts et Chaussées Art. 35

Clauses et conditions générales applicables aux marchés de travaux de constructions militaires Art. 34

Conditions générales applicables aux marchés de travaux publics de la Marine Art. 35

Clauses et conditions générales applicables aux travaux de chemins vicinaux Art. 35

Clauses et conditions générales applicables aux travaux de la ville de Paris Art. 35



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552819_0002

INTRODUCTION

Les divers articles que nous venons d'énumérer ont tous pour titre « Mesures coercitives ». Nous nous trouvons donc en présence de textes qui donnent, aux obligations de l'entrepreneur, leur sanction.

Le problème des sanctions est, dans toutes les branches du droit, essentiel. Pratiquement, il n'y a pas de droit utile sans sanction.

Mais comment organiser les sanctions ?

Le Code civil et le Code de commerce posent le principe moderne, d'après lequel le créancier peut obtenir l'exécution par le débiteur lui-même.

Cela ne fait aucune difficulté, dans le cas d'une obligation de donner ou d'une obligation de ne pas faire.

Mais, s'il s'agit d'une obligation de faire, l'exécution directe est-elle encore possible ? Les anciens ne le pensaient pas : « *nemo praecise potest cogi ad factum* » était le principe de l'antiquité.

N'est-ce pas encore vrai ? L'exécution par le débiteur d'une obligation de faire, suppose la mise en œuvre de sa volonté et de son activité consciemment dirigées vers le but qu'il a consenti.

La volonté, par son essence même, est capable de résister à toute coercition. On peut tenter d'intimider le débiteur mais on ne peut espérer substituer à sa volonté propre,

celle de son créancier. Dès lors, l'exécution par le débiteur peut, si celui-ci la refuse, se heurter à une impossibilité de fait.

Le Code civil paraît bien poser le principe que le débiteur peut être contraint à exécuter même une obligation de faire. Mais il décide ensuite, à l'art. 1142, que toute obligation de faire ou de ne pas faire, se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution. C'est bien là la règle pratique.

Plus loin, l'art. 1144 donne au créancier le droit de se faire autoriser à exécuter lui-même l'obligation aux frais du débiteur défaillant. Ce n'est pas une exécution directe, mais seulement l'unique compromis possible entre la nécessité de soutenir le créancier, quand il exige le respect du contrat et l'impossibilité matérielle qu'il y a à briser la résistance du débiteur. En définitive, le créancier n'obtiendra qu'une condamnation à des dommages-intérêts. Ceux-ci auront pour mesure le prix de l'exécution par un tiers.

Tel est l'état du droit civil.

Quand une administration publique française, qu'elle soit d'Etat, départementale, coloniale, qu'il s'agisse d'une commune, d'une association syndicale ou d'un établissement public quelconque, traite avec un entrepreneur, elle acquiert sur celui-ci des droits. A ces droits, il faut une sanction.

On pourrait concevoir que l'Administration se contente des sanctions du droit commun. Les art. 1142 et 1144 du Code civil, qui sont les seuls recours ouverts à un créancier ordinaire, pourraient être également considérés comme suffisants pour assurer l'exécution des marchés de travaux

publics et sauvegarder les intérêts de l'Administration.

Mais le recours aux tribunaux ne va pas sans inconvénients. La justice est lente, elle coûte fort cher. Quand, après bien des démarches, le créancier obtient une condamnation, rarement suffisante pour l'indemniser de tous les préjudices qu'il a subis, il doit courir encore les aléas de l'exécution. Souvent, les biens du débiteur sont insuffisants et le plaideur victorieux n'a entre les mains qu'une créance irrécouvrable.

Tous les contractants cherchent à se garantir contre ces dangers. Ils fixent à forfait les dommages qu'entraîneraient l'inexécution, ou l'exécution trop tardive. Ils conviennent de procédures simplifiées, suppriment la nécessité d'une mise en demeure, stipulent même que les différends à naître seront soumis à un collège d'arbitres car les juges privés sont parfois plus compétents et toujours plus rapides que les juges officiels.

Les administrations publiques, lorsqu'elles confient un travail à un entrepreneur, sont aussi soucieuses que les contractants ordinaires, d'être pourvues de sanctions efficaces et rapides.

Ces sanctions vont faire l'objet de notre étude. Nous analyserons chacune d'elles, avec quelques détails. Mais nous pensons utile de préciser dès maintenant leurs caractères principaux : elles sont contractuelles, particulièrement énergiques, exorbitantes du droit commun ; ce ne sont pas à proprement parler, des mesures coercitives, mais des procédés d'exécution indirects.

a) C'est par contrat que les administrations se procurent leurs principaux moyens d'action sur les entrepreneurs. En effet, les recours du droit civil sont, nous le verrons

plus loin, ouverts aux administrations, comme à tous les contractants. Mais ces recours sont imparfaits. Les administrations ont donc cherché à s'en réserver d'autres. A cet effet, elles ont inséré dans leurs cahiers de clauses et conditions générales, des stipulations spéciales.

Les cahiers de clauses et conditions générales sont des recueils de règles relatives à l'exécution des travaux publics. Ils sont assez nombreux : les principaux ministères chargés de contrôler les travaux de l'Etat (Travaux publics, Guerre, Marine), les principales administrations (Ville de Paris), ont le leur. Les autres personnes administratives adoptent tel ou tel de ces cahiers qui, d'ailleurs, s'écartent peu les uns des autres.

Les cahiers, malgré leur apparence ne sont pas des règlements, mais des contrats-types. Ils n'ont aucune force obligatoire s'ils n'ont pas été acceptés par l'administration et l'entrepreneur à l'occasion d'un travail déterminé. Seulement, les administrations imposent leurs cahiers à tout entrepreneur qui désire traiter avec elles. Ainsi ce qui n'est qu'une pièce contractuelle modifiable, dans chaque cas, par la commune volonté des parties, devient un véritable contrat d'adhésion et prend figure de loi générale, par le seul fait de son adoption répétée.

Les tribunaux administratifs ont eu, sur chaque article de ces cahiers, à prendre des décisions fréquentes et il s'est créé un corps solide de jurisprudence qui précise chacun de leurs termes.

On se trouve donc en présence, sinon à proprement parler, d'un droit commun administratif, ou d'une coutume administrative généralisée, d'un état de fait qui maintient et perpétue les droits que créent à chaque occasion, les

volontés apparemment conjuguées de l'administration et de l'entrepreneur¹.

Malgré cet état de fait, la nature contractuelle des cahiers subsiste. Cela n'est pas sans conséquence.

D'abord les parties peuvent toujours s'accorder pour déroger à telle disposition du cahier. Cela est assez fréquent pour certains articles. Ainsi, l'art. 33 qui prévoit la résiliation en cas de hausse des prix dans une certaine proportion, est souvent remplacé par une clause de variation. On précise parfois la nature et l'intensité des événements de force majeure qui ouvriront à l'entrepreneur la sauvegarde de l'art. 28, etc...

Ensuite, il faut toujours, pour que les cahiers aient force obligatoire, que les parties l'aient voulu et qu'elles aient inscrit leur volonté dans le marché.

A défaut de stipulation sur ce point, le droit commun reprend tout son empire, réserve faite toutefois des prérogatives que l'Administration tient, tant de sa nature que du jeu des règlements.

b) Les mesures coercitives prévues par les cahiers des clauses et conditions générales sont extrêmement énergiques et exorbitantes du droit commun.

A vrai dire, ces caractères ne se révèlent pas tant dans la nature même des sanctions que dans la procédure de leur mise en œuvre.

En effet, l'Administration a, à sa disposition, d'abord des mesures d'intimidation : la mise en demeure, des clauses pénales. Elle peut aussi résilier le marché, purement

1. Cet état de fait est bien indiqué par le titre même du Cahier du Ministère des Travaux Publics : *Clauses et Conditions générales imposées aux entrepreneurs des Ponts et Chaussées*.

et simplement, ou en frappant l'entrepreneur d'une pénalité, ou bien elle termine les travaux elle-même, mais aux frais de l'entrepreneur ; elle réadjudge les travaux et au cas où la nouvelle adjudication serait moins favorable que la première, se fait indemniser par l'entrepreneur du préjudice qu'elle subit. Au contraire, si la nouvelle adjudication permettait d'obtenir des prix plus favorables, toute l'économie serait pour l'Administration et l'entrepreneur n'en profiterait pas.

Ce que ces mesures ont de tout-à-fait particulier, c'est d'abord que l'Administration se les réserve toutes et qu'elle conserve le droit de choisir entre elles, unilatéralement celle qui lui paraît la plus convenable.

Bien plus, l'administration les applique de sa seule autorité. Elle doit bien respecter quelques formes, mais elle est seule juge, tant de la valeur de ses griefs que de la régularité de sa procédure. Quand elle ordonne une réadjudication, par exemple, ou une mise en régie, cette mesure sera appliquée sans que l'entrepreneur puisse s'y opposer. Aucun recours contentieux ne lui est ouvert, qui tende à l'annulation de la sanction dont on le frappe.

L'entrepreneur ne peut qu'une chose : critiquer *a posteriori* le bien-fondé de la décision administrative, et quand celle-ci aura été prise en violation de la loi ou du contrat, obtenir une indemnité. Dans les marchés de travaux publics ce sont les obligations du créancier qui se résolvent toujours en dommages et intérêts.

L'Administration peut se faire justice à elle-même : c'est le caractère vraiment original du contentieux des marchés de travaux publics. C'est là où il s'éloigne le plus des règles du code civil. On ne peut nier que l'administration possède un droit redoutable ; nous verrons aussi qu'elle en abuse souvent.

Cette prérogative est-elle justifiée ?

On est tenté de dire que ces clauses léonines, peu en harmonie avec les principes de justice qui devraient être ceux de l' « Etat honnête homme » n'ont été imposées aux entrepreneurs qu'à la faveur de la concurrence que ces derniers se font entre eux. Il n'y a qu'un client, beaucoup d'entrepreneurs et on trouve toujours un entrepreneur pour accepter n'importe quoi...

Ces clauses ont, néanmoins, un fondement. En droit public, il est de toute nécessité que les intérêts particuliers s'inclinent devant l'intérêt général. Certes, l'entrepreneur devrait avoir droit aux garanties d'une bonne justice. Mais l'intérêt général exige que les travaux publics soient conduits correctement et avec célérité. Leur progression ne doit pas être interrompue par des lenteurs de procédure. De là les pouvoirs exceptionnels conférés aux administrations.

c) L'Administration ne dispose que de procédés d'exécution indirecte et pas, à proprement parler, de mesures coercitives.

Nous avons, tout à l'heure, fait une rapide énumération des moyens de sanction, ouverts à l'Administration — nous avons trouvé des mesures d'intimidation telles la mise en demeure, les clauses pénales ; des mesures qui aboutissent à l'exécution par le maître de l'œuvre lui-même, ou un tiers, aux frais ou non de l'entrepreneur : mise en régie, réadjudication, résiliation — aucune de ces mesures ne procure avec certitude, l'exécution par l'entrepreneur lui-même.

Cela ne peut nous étonner : nous avons vu plus haut que pareille tentative se heurterait à une impossibilité matérielle

Il convient de noter, toutefois, que tandis qu'au para-

graphe précédent, nous avons rencontré une procédure extrêmement originale, nous revenons ici bien près du droit civil. Aussi, cette expression de « mesures coercitives » qu'emploient tous les cahiers, est-elle critiquable. L'entrepreneur ne peut être contraint. En cas de besoin, on le menace, on le prive de son marché. Ce sont là des sanctions, des procédés d'exécution, jamais des mesures de contrainte.

* * *

Tels sont, pensons-nous, les caractères essentiels des sanctions instituées par les cahiers des clauses et conditions générales. Nous allons maintenant étudier ces sanctions avec plus de détail.

D'abord en elles-mêmes, sous leur aspect de mesures d'autorité dont la légalité est indifférente. Cela fera l'objet d'une première partie que nous intitulerons « Les droits de l'Administration ».

Dans une deuxième partie, nous rechercherons les droits de l'entrepreneur et les indemnités auxquelles il peut prétendre lorsqu'il a été frappé injustement.

PREMIERE PARTIE

LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION

Objet de cette partie

C'est le mécanisme prévu pour parer aux conséquences d'une défaillance grave de l'entrepreneur, par l'art. 35 du Cahier des Clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de Travaux des Ponts et Chaussées et par les articles correspondants des autres cahiers, qu'il s'agit de décrire ici.

Par quels procédés l'Administration aboutira-t-elle à ce que l'on nomme généralement la « mise en régie provisoire » et quelquefois la « déchéance de l'entrepreneur », au sens étroit du mot ? Moyennant quelles formalités l'Administration pourra-t-elle prendre ensuite une décision définitive et quels moyens a-t-elle à sa disposition pour terminer des travaux que l'entrepreneur conduit mal ou trop lentement ?

Avant d'étudier l'état actuel du Droit sur ce point, on pourrait être tenté d'en retracer l'histoire, mais ce développement nous paraît précieux pour la critique des institutions et nous préférons, à ce titre, le réserver pour le cours de notre étude.

Par contre, nous pensons qu'il n'est pas sans intérêt de signaler ici, à titre préliminaire, les mesures coercitives autres que la déchéance, dont dispose l'Administration.

Après quoi, divisant en trois chapitres notre étude, nous envisagerons la mise en demeure, la mise en régie provisoire et les diverses mesures définitives.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LES MESURES COERCITIVES AUTRES QUE LA DECHEANCE

Le Cahier des Clauses et Conditions Générales des Ponts et Chaussées, dans son art. 35, prévoit en termes généraux, ce que peut faire l'Administration si l'entrepreneur ne se conforme pas aux dispositions du devis ou aux ordres de service écrits de l'Administration. Il y a là une gradation de mesures dont les premières tendent à l'intimidation, les autres à la sanction.

Mais ce ne sont pas les seuls moyens dont l'Administration dispose pour obtenir une exécution correcte des travaux.

Il en va de même pour les Administrations autres que celle des Ponts et Chaussées.

Ces mesures coercitives peuvent résulter, soit d'un Cahier de Clauses et Conditions Générales, soit des dispositions particulières d'un marché, soit des principes généraux du Droit.

Pénalités pour retard

C'est, selon les cas, dans la première ou la seconde de ces catégories, que l'on doit faire entrer les pénalités pour retard.

Elles sont, en effet, prévues par les seuls Cahiers des

Constructions militaires (art. 34) et de la Ville de Paris.

L'art. 34 du Cahier des Constructions militaires décide que, dans le cas où :

« un délai est imposé pour l'exécution de tout ou partie
« d'un ouvrage, soit par le contrat, soit par un ordre de
« service accepté par l'entrepreneur, ce dernier est passible,
« sans mise en demeure, en cas de retard, d'une pénalité
« basée sur le montant des travaux ou de la fourniture non
« exécutés à l'échéance du terme. Cette pénalité est dé-
« comptée à raison de : cinquante centimes pour mille
« francs (0.50 pour 1.000) pour chaque jour de retard depuis
« le premier jour jusqu'au 40^e jour inclus ; un franc pour
« mille pour chacun des jours suivants, du 41^e au 80^e inclus ;
« deux francs pour mille pour chacun des jours suivants,
« sans que le montant total de la pénalité encourue puisse
« dépasser le dixième de l'évaluation des travaux ou de la
« la fourniture non exécutés au premier jour du retard ».

Le Cahier de la Ville de Paris prévoit aussi des retenues pour retard (art. 35) ; ici, le retard dans l'exécution « des ordres de service doit être signalé par un nouvel ordre de service qui peut prononcer contre l'entrepreneur, sans autre mise en demeure, les retenues prévues pour ce cas spécial, soit par le Cahier des Clauses et Conditions générales, soit par le devis particulier de l'entreprise ».

Le Cahier des Clauses et Conditions Générales prévoit une retenue de cinq francs par jour pour tout ordre de service non exécuté, de un franc par jour et par ouvrier « indûment payé ». Il est dressé chaque mois un état collectif de ces retenues et celles-ci sont doublées si l'urgence du travail est mentionnée dans l'ordre de service.

L'entrepreneur a un délai de cinq jours pour produire ses observations avant que l'état soit approuvé par le

Préfet de la Seine. Ces retenues sont prélevées sur les sommes dues à l'entrepreneur, ou sur son cautionnement.

Si le Cahier des Ponts et Chaussées, ceux du Ministère de la Marine et des Chemins Vicinaux ne prévoient pas de pénalités pour retard, des clauses de ce genre sont assez fréquemment introduites dans les marchés.

Dans sa circulaire du 30 décembre 1910, relative à la rédaction des projets, à la passation des marchés, à l'exécution des travaux, le Ministre des Travaux publics s'exprime ainsi :

Art. 10. — *Retenues et amendes pour retards.*

« Les devis peuvent prévoir des retenues et amendes pour
« retard dans l'exécution des travaux et des fournitures.
« D'après la jurisprudence, ces retenues sont acquises à
« l'Etat sans qu'il soit nécessaire de justifier que le retard
« a causé un préjudice effectif ; mais elles ne sont appli-
« cables, conformément à l'art. 1230 du Code civil, qu'après
« mise en demeure de l'entrepreneur ou du fournisseur, à
« moins que, en raison de circonstances tout-à-fait excep-
« tionnelles, le devis ne porte que la retenue sera opérée
« sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure préalable.

« Il convient de ne recourir à ces clauses pénales qu'en
« cas d'absolue nécessité, lorsque les mesures coercitives
« prévues par l'art. 35 des Clauses et Conditions Générales
« sont pratiquement inapplicables.

« Il n'y a pas intérêt à exagérer le montant de ces rete-
« nues. Elles doivent être fixées à un taux modéré et jus-
« tifiées avec soin dans les rapports à l'appui des projets.
« Leur remise qui modifie après coup les obligations sti-
« pulées dans le marché et porte ainsi une certaine atteinte
« au principe de la concurrence, ne doit être accordée que

« pour des motifs sérieux ; les ingénieurs ne doivent pas le
« perdre de vue, lorsqu'ils proposent cette remise au Mi-
« nistre, seul compétent pour l'autoriser.

Nous insisterons peu sur les principes régissant les clauses pénales. Elles sont très pratiquées en matière civile et commerciale. Leur validité n'est pas douteuse (art. 1152 et 1226 à 1233 du Code civil — Cf. Jossierand, *Droit civil*, t. II n° 621 et suivants ; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, t. II n° 253 ; Capitant Cours, t. II n° 106 et suivants).

Il convient pourtant de noter qu'en matière civile, elles sont généralement considérées comme représentant des dommages et intérêts moratoires, fixés contractuellement et à forfait.

En matière administrative, la situation est différente, car on peut rarement soutenir que le Maître de l'œuvre, par exemple l'Etat, subisse un préjudice en cas de retard dans les travaux qu'il fait exécuter. Le préjudice est parfois pour les usagers, mais ce n'est pas eux qu'on indemnise et ils n'ont d'ailleurs aucun droit direct à voir mettre à leur service, à date donnée, un ouvrage.

Le préjudice n'existe certainement pour personne, dans la majorité des travaux de constructions militaires et c'est précisément là où les pénalités sont de règle dans tous les marchés.

Les pénalités sont en outre progressives avec le temps, et peuvent être appliquées en cas de retard dans une simple fraction d'ouvrage, probablement inutilisable avant que l'ensemble soit terminé.

Dès lors, on ne peut guère considérer ces pénalités comme des dommages et intérêts. Elles sont en réalité des mesures coercitives et, bien que contractuelles, très voisines dans leur esprit des astreintes dont sont assorties certaines déci-

sions des juridictions civiles. — Ce sont des mesures d'intimidation par lesquelles, sous la menace d'une pénalité qui s'accroît chaque jour, on essaie d'obtenir, par une voie détournée, l'exécution par le débiteur lui-même.

Pratiquement et malgré les termes de la circulaire du 30 décembre 1910, il est rare que l'Administration poursuive intégralement le recouvrement de ces pénalités. Au moment du règlement définitif, intervient une transaction qui limite ou même supprime les pénalités encourues.

Au surplus, ces pénalités ne sont dûes juridiquement que si le retard est imputable à l'entrepreneur, s'il ne provient pas d'un cas fortuit ou d'une faute de l'Administration. Il doit de plus être régulièrement constaté, conformément aux stipulations du marché.

Jurisprudence : 30 juin 1899, Ville de Toulouse, page 484; 13 mars 1912, Quintyn et Picatier, c/ commune de Bordes, p. 361.

Exécution d'office.

Une autre mesure coercitive parfois prévue par les marchés est l'« exécution d'office », véritable mise en régie simplifiée sans recours à la procédure ordinaire de l'art. 35. Le Cahier de la Ville de Paris (art. 35) la prévoit :

« Enfin, le devis et le cahier des charges peuvent prévoir, « même dans des cas autres que ceux du présent Cahier « des Clauses Conditions et Charges générales, l'exécution « d'office des travaux aux frais et risques de l'entrepreneur. « Lorsqu'il sera nécessaire de recourir à cette mesure, il « sera procédé par une simple mise en demeure dans la « forme administrative, sauf les cas exceptionnels... ».

L'exécution d'office doit donc être expressément prévue

par le devis ou le cahier des charges spécial de l'entreprise.

Cette condition réalisée, la validité de la mesure ne fait pas de doute. En effet, le Cahier des Clauses et Conditions Générales n'est, jusqu'à l'approbation du marché, qu'un projet de pièce contractuelle, auquel la volonté des parties peut toujours déroger. Au surplus, pour la Ville de Paris, le cahier lui-même prévoit l'exécution d'office et la règlemente partiellement.

Une autre question plus intéressante à la fois et plus délicate se pose : celle de savoir si l'Administration peut, en l'absence de stipulation précise du devis, simplifier la procédure de l'art. 35, omettre certaines formalités et réaliser spontanément, une véritable « exécution d'office ». Ce point sera examiné dans un chapitre ultérieur.

Mesures coercitives du Droit commun

Il nous reste à examiner si l'art. 35 des Clauses et Conditions Générales, en donnant à l'Administration les pouvoirs exceptionnels que nous analyserons plus loin pour obtenir l'exécution des marchés qu'elle a passés, a, ou non, pour effet de la priver des moyens ordinaires, que possèdent les individus pour parvenir au même résultat.

Cela a été contesté. En effet, dans les divers Cahiers, la procédure de l'art. 35 semble seule prévue pour tous les cas où l'entrepreneur ne se conforme pas au devis ou aux ordres de service. Il n'y est question d'aucun autre recours.

Pourtant, la solution est certaine. L'Administration peut fort bien, en présence d'un entrepreneur défaillant, invoquer les principes généraux du droit, et saisir la juridiction administrative, le Conseil de Préfecture, pour faire prononcer la résiliation du marché et la déchéance défini-

tive de l'entrepreneur. Dans ce cas, bien entendu, le contrat ne sera pas atteint et l'entrepreneur restera à la tête de son travail, tant que la décision n'aura pas été rendue par le Tribunal saisi (Cf. C. d'E. 25 mars 1865, Demeure p. 331 ; 19 décembre 1867, Fougue p. 938).

Il est bien certain que l'Administration, en portant le litige devant le Tribunal, tente de ne pas prendre parti, elle-même, unilatéralement, comme elle en a le droit. Cette attitude est éminemment favorable à l'entrepreneur auquel elle donne la garantie d'avoir des juges que son marché lui refusait. Il n'est plus à la merci d'une décision injuste dont les conséquences pécuniaires seules sont réparables, mais pas les conséquences morales. L'Administration trouve, à saisir un tribunal, au moins dans les cas douteux, l'avantage de ne pas agir par elle-même sur sa propre impression et parfois incorrectement, en s'exposant aux aléas d'un contrôle a posteriori et à une réparation parfois très onéreuse.

On comprend que le Conseil d'Etat n'hésite pas à admettre de pareilles demandes de l'Administration, d'autant qu'elles ne sont que des applications du Droit civil, qui permet à chaque contractant de demander la résiliation des contrats que l'autre partie exécute mal.

Pourtant, si ce principe ne fait aucune difficulté, il y a dans les conséquences d'une demande en justice introduite par l'Administration et dans les résultats qu'elle peut en attendre, divers points douteux et controversés.

D'abord, après avoir introduit une demande en résiliation, l'Administration peut-elle encore prononcer elle-même la déchéance de l'entrepreneur, puis prendre une décision définitive sur le sort du marché ?

La réponse, semble-t-il, est positive — Le pouvoir uni-

latéral que l'Administration tient de l'art. 35, est justifié par la nécessité qu'il y a de faire passer l'intérêt général et l'exécution rapide des travaux publics, avant l'intérêt particulier de l'entrepreneur et les garanties qui, en équité au moins, lui sont dues.

A ce pouvoir extraordinaire, l'Administration ne peut, à notre avis, pas renoncer définitivement. Elle peut, tout au plus tenter de ne pas s'en servir. Il semble même que, théoriquement, une sentence judiciaire refusant la résiliation, n'aurait pas pour effet de supprimer le droit unilatéral de l'Administration et laisserait celle-ci libre de prononcer la déchéance.

Une autre question est celle de savoir si le juge administratif, est, comme le juge civil, saisi en vertu de l'art. 1142, limité au prononcé de la résiliation et s'il y a lieu, de dommages-intérêts, ou s'il peut également prononcer la mise en régie définitive ou la réadjudication à la folle enchère.

La jurisprudence n'a eu à se prononcer que dans des hypothèses où l'Administration sollicitait du Tribunal une réadjudication à la folle enchère. Cette demande de l'Administration a toujours été repoussée (3 février 1888, Prévost c / Ville de Vannes, p. 123 ; 14 février 1890, Laprie c / Ville de Lorient, p. 173 ; 17 décembre 1909, Doublé p. 1001).

Le Conseil d'Etat considère que la prononciation, par le juge, d'une telle mesure, ne trouve aucun fondement dans le droit civil, que les Cahiers ne la prévoient qu'après un préliminaire de mise en demeure et de mise en régie provisoire qui serait supprimé. Enfin, cette mesure suppose une appréciation purement administrative d'opportunité qui n'est pas de la compétence des tribunaux.

Par identité de motifs, faut-il décider que le Conseil de Préfecture ne saurait ordonner une mise en régie ?

Tel est l'avis des auteurs (Porée et Cuënot). Ils considèrent que l'Administration, techniquement responsable, doit choisir elle-même le mode d'achèvement des travaux. Ce choix ne rentre pas dans la mission des tribunaux administratifs et ceux-ci, qui ne tirent leurs pouvoirs, en l'espèce, que du Code civil, ne peuvent prononcer que la résiliation.

Cette opinion ne paraît pas à l'abri de toute critique. L'art. 1144 du Code civil prévoit une exécution par le créancier, aux frais du débiteur. C'est là la mise en régie que l'Administration a le pouvoir de prononcer elle-même, mais qu'elle pourrait désirer, rentrant dans le droit commun, demander au Tribunal. Pourquoi refuser à l'Administration le droit de tenter de ne pas se servir de son pouvoir unilatéral de décision ? Il paraît peu juridique de lui refuser l'exécution de l'art. 1144, quand on lui accorde la résiliation de l'art. 1142. Les textes contractuels ne comportent aucune renonciation de l'Administration à introduire pareille demande. La seule objection est que les formes de la mise en régie administrative ne peuvent trouver de place dans une instance.

Mais ces formes ne sont que des garanties données à l'entrepreneur dans le cas où l'Administration entend prononcer elle-même.

Si l'Administration, au contraire, rentre dans le droit commun, les préliminaires de la mise en régie définitive n'ont plus de raison d'être et, sur ce terrain nouveau, les seules formes que l'on puisse imposer à l'Administration sont celles de la procédure ordinaire.

Il n'y a pas de jurisprudence sur ce point. Les lenteurs des juridictions font qu'il est très rare que l'Administration s'adresse aux tribunaux. Elle préfère presque toujours décider elle-même.

CHAPITRE PREMIER

LA MISE EN DEMEURE

BUT

Le but de la mise en demeure est de prévenir l'entrepreneur et de lui permettre, en se soumettant immédiatement aux exigences de l'Administration, d'échapper aux mesures de rigueur dont elle peut le frapper. C'est un avertissement, de forme solennelle, par lequel l'Administration fait connaître à l'entrepreneur qu'elle n'est pas satisfaite de son activité, qu'elle entend lui en faire grief et, éventuellement mettre en œuvre contre lui, les sanctions prévues par le Cahier des Clauses et Conditions Générales. En même temps qu'il est averti, l'entrepreneur est mis en présence d'injonctions précises de l'Administration, auxquelles il peut se conformer pour éviter les sanctions.

L'arrêté de mise en demeure est donc semblable aux sommations extra-judiciaires en usage dans le droit civil.

TEXTES. — Le Cahier des Ponts et Chaussées s'exprime ainsi :

« Lorsque l'entrepreneur ne se conforme pas, soit aux
« dispositions du devis, soit aux ordres de service écrits
« qui lui seront donnés par les ingénieurs, un arrêté du
« Préfet le met en demeure d'y satisfaire dans un délai

« déterminé. Ce délai, sauf le cas d'urgence, n'est pas de moins
« de dix jours à dater de la notification de l'arrêté de mise
« en demeure ».

Le Cahier de la Marine présente une rédaction très voisine — Simplement le mot « marché » est substitué au mot « devis », c'est le Préfet maritime qui a, ici qualité pour mettre en demeure ; surtout, il n'est pas spécifié que les ordres des ingénieurs doivent être écrits.

Le Cahier des Chemins vicinaux ne s'écarte de celui des Ponts et Chaussées que sur un point. Les ordres n'y sont plus donnés par les ingénieurs, mais par les agents-voyers (aujourd'hui ingénieurs vicinaux).

Le Cahier des Constructions militaires décide que la mise en demeure sera réalisée par un ordre du Directeur rendu sur la proposition du chef de service.

Les différences, d'un cahier à l'autre, sont donc extrêmement faibles et, dès lors, les décisions de jurisprudence rendues à propos de l'un de ces Cahiers, conservent toute leur valeur quand il s'agit d'en analyser un autre.

* * *

PLAN. — Nous répondrons successivement aux questions suivantes :

- a) Quand l'Administration peut-elle mettre en demeure ?
- b) Quelle est l'autorité compétente pour prononcer la mise en demeure ?
- c) Rédaction de l'arrêté de mise en demeure.
- d) Délai accordé à l'entrepreneur.
- e) Notification de l'arrêté.
- f) Cas où il n'y a pas lieu à mise en demeure.

*
* *

a) *Quand l'Administration peut-elle mettre en demeure ?*

L'Administration peut mettre en demeure l'entrepreneur qui ne se conforme pas, soit aux dispositions du devis ou du marché, soit aux ordres de service qui lui sont donnés par les ingénieurs. Ces ordres sont nécessairement écrits sauf dans le Cahier de la Marine.

La formule est tout-à-fait générale et l'Administration peut invoquer, à la fois, toutes les pièces contractuelles et les décisions unilatérales de ses agents techniques.

Il y a lieu de noter que, pour la validité de la mise en demeure, il importe peu que l'Administration invoque ces textes à bon droit ou non. Il suffit qu'elle s'y réfère.

Nous examinerons dans un chapitre ultérieur, à propos des recours ouverts à l'entrepreneur, le contrôle que les tribunaux exercent sur les décisions de l'Administration. Nous dresserons la liste des cas où il a été jugé que l'Administration avait, ou non, correctement appliqué le marché.

Mais les recours de l'entrepreneur n'auront jamais pour effet de détruire la mesure prise contre lui. Ils ne pourront que lui en faire obtenir réparation.

Les nécessités de la vie publique justifient ce pouvoir arbitraire de l'Administration qui n'est, en raison de la rédaction très vague des Cahiers, limité que par la nécessité de respecter quelques formes.

Il y a même lieu de penser que ce pouvoir arbitraire presque total, s'est révélé, à l'usage, indispensable, puisque les textes plus anciens étaient un peu mieux détaillés, c'est-à-dire libéraux, que ceux aujourd'hui en vigueur.

En 1817, une commission fut chargée de fixer les droits et les devoirs des agents de l'Administration au moment de

la mise en régie. Cette commission rédigea un rapport dont les conclusions sur ce point, furent introduites dans l'art. 36 du Cahier du Ministère d'Etat.

Ce rapport exigeait « pour que les régies aient un caractère légal qui puisse ôter tout prétexte de réclamation ou d'opposition aux entrepreneurs »... « qu'il soit constaté par un procès-verbal ou un rapport motivé que les conditions de l'adjudication n'ont pas été remplies.

Le Cahier de 1832 n'autorisait la régie que « lorsqu'un ouvrage languira faute de matériaux, ouvriers, etc..., de manière à faire craindre qu'il ne soit pas achevé aux époques prescrites ou que les fonds crédités ne puissent être consommés dans l'année ».

*
* *

b) Quelle est l'autorité compétente pour prononcer la mise en demeure ?

Le Cahier des Ponts et Chaussées, celui des Chemins vicinaux, donnent compétence au Préfet. Celui de la Marine, au Préfet Maritime, celui de la Ville de Paris, au Préfet de la Seine, ceux des diverses expositions, aux Commissaires généraux. En matière de constructions militaires, c'est le Directeur qui peut mettre en demeure, sur la proposition du chef de service.

La compétence appartient toujours, on le voit, non pas à un agent technique, mais à un fonctionnaire, qui a qualité pour représenter en justice l'Administration liée à l'entrepreneur. Nous verrons plus loin que les autorités compétentes pour mettre en demeure le sont en général aussi pour prononcer plus tard la déchéance.

Le Préfet, le Préfet maritime, etc... peuvent déléguer

leurs pouvoirs dans la mesure où ils y sont autorisés par les textes les concernant (19 juillet 1872, Carlin et Rabattu p. 440). C'est ainsi que le Préfet peut désigner à cet effet, un Conseiller de Préfecture.

Quant aux agents techniques (ingénieurs, inspecteurs généraux), ils peuvent délivrer des ordres de service. Ils ne peuvent jamais mettre en demeure (15 décembre 1846, Pluvinet c / Ministre des Travaux Publics, Rec. p. 554 ; 16 mars 1883 Oliveo Guidi c / Ville de Nice, p. 297 ; 18 janvier 1907, Briandrady c / Département de l'Hérault, p. 53 ; 19 juillet 1872, Carlin et Rabattu 440).

La prise, par le Préfet, de l'arrêté de mise en demeure est toujours nécessaire. Une irrégularité commise sur ce point ne peut être couverte, même si le Préfet, par la suite, prononçait lui-même la déchéance. Il doit prendre les deux arrêtés (15 décembre 1846, Pluvinet c / Ministre des Travaux Publics, p. 554 ; 16 mars 1883, Oliveo Guidi c / Ville de Nice p. 297 ; 10 mai 1889, Leport c / ville de Saint-Germain en Laye, p. 575 ; 20 mars 1912, Martin p. 399 ; 25 octobre 1911, Hébrard c / Ville de Carmaux, p. 983 ; 24 décembre 1901, Rey, c / Département du Puy de Dôme, p. 911).

Lorsqu'il s'agit de travaux communaux, où, comme il arrive très souvent, le marché prévoit que l'entrepreneur sera soumis au Cahier du Ministère des Travaux Publics, il faudrait décider, pour s'en tenir à la lettre des textes, que le seul Préfet est qualifié pour mettre en demeure.

Mais cette interprétation rigide n'a pas prévalu.

En effet, l'art. 35 du Cahier des Ponts et Chaussées a été rédigé en vue de travaux d'Etat. Il s'agit maintenant de travaux communaux dont le Maire a la direction. A ce titre, c'est lui qui a qualité pour prononcer la mise en

demeure. Ainsi en a jugé le Conseil d'Etat (31 décembre 1878, Cravio c / Ville de Toulon, p. 1141) et cette solution doit être approuvée. En effet, si le marché n'a pas désigné le Maire, ce ne peut être que l'effet d'une omission.

Parfois le marché donne qualité à la « commune ». C'est encore le Maire qui devra agir, en vertu des pouvoirs personnels dont il est investi par l'art. 90 de la loi du 3 avril 1884. Cette solution découle, par identité de motifs, de l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 janvier 1991 (Guyot c / Commune de Craponne, p. 55) qui a statué sur la correction d'un arrêté de mise en régie. Ici encore le Conseil d'Etat doit être approuvé. En parlant de la commune, les parties ont très vraisemblablement voulu désigner le Maire. En outre, la décision de mettre en demeure rentre dans les attributions du Maire, agent exécutif, bien mieux que dans celles du Conseil municipal, assemblée délibérante.

En matière de travaux municipaux, le devis peut fort bien donner expressément compétence au Préfet (16 mars 1894. Rome c / Ville d'Issoire, p. 226).

Le Cahier des Constructions militaires attribue compétence au Directeur du Génie. Cette désignation a soulevé des critiques que nous exposerons plus loin (page 97).

Pratiquement, les diverses autorités habilitées à mettre l'entrepreneur en demeure, le font sur la demande des agents responsables de la direction technique des travaux. Mais cette coutume n'est nullement obligatoire et ces administrateurs peuvent fort bien agir de leur propre mouvement. Le Maire, notamment, a toute liberté à ce sujet ; il n'a pas non plus à consulter le Conseil Municipal.

*
* *

c) *Rédaction de l'arrêté de mise en demeure. Enonciation des exigences de l'Administration et des conséquences qu'entraînerait un refus d'y satisfaire.*

Il est nécessaire pour l'Administration, de dire ce qu'elle exige de l'entrepreneur.

A cet effet, l'arrêté de mise en demeure devra préciser les travaux à faire d'urgence, les malfaçons à réparer, les griefs que l'Administration croit devoir formuler touchant la manière dont les travaux sont conduits, les mesures immédiates qu'elle désire voir prendre.

C'est en effet, l'inexécution des prescriptions de l'arrêté de mise en demeure qui pourra entraîner la mise en régie et non les infractions au marché proprement dit.

Ces éclaircissements sur les exigences de l'Administration doivent en principe être inscrits dans l'arrêté de mise en demeure, mais il est admis que cet arrêté peut être complété par des prescriptions plus détaillées et que celles-ci peuvent être notifiées à l'entrepreneur par de simples ordres de service (8 mai 1896, p. 384) Encore faut-il qu'il n'y ait aucun doute, ni sur l'intention de l'autorité compétente, de mettre l'entrepreneur en demeure, ni sur l'étendue des griefs de l'Administration, et si ceux-ci sont exposés par un agent technique, il faut que le Préfet ou le Maire les aient adoptés.

Il résulte de ces principes qu'on ne peut mettre en demeure, puis en régie, pour deux griefs différents.

Il est nécessaire aussi, pour l'Administration, de prévenir l'entrepreneur que, faute par lui de satisfaire aux ordres qui lui seront donnés, la mise en régie pourrait être prononcée.

Un arrêté qui ne viserait qu'une clause pénale serait insuffisant pour justifier une mise en régie ultérieure (24 décembre 1901. Rey c / Département du Puy de Dôme 911).

Si, plutôt que la mise en régie, l'Administration envisage de prononcer la réadjudication à la folle enchère, elle doit en principe, prévenir l'entrepreneur dans l'arrêté de mise en demeure, tout au moins ne pas annoncer qu'elle prononcera une régie. De même, nous verrons plus loin que le Conseil d'Etat autorise l'Administration à pratiquer la réadjudication sur folle enchère immédiatement après la constatation de la carence de l'entrepreneur qui ne se soumet pas à ses injonctions. Toutefois cette adjudication immédiate n'est possible que si l'Administration n'a pas annoncé, dans son arrêté de mise en demeure, l'établissement préliminaire d'une régie provisoire (3 mars 1893, Alard p. 215 ; 25 juillet 1873, Noel p. 696 ; 24 décembre 1901, Rey c / Département du Puy de Dôme p. 911 ; 15 juin 1841, Bau 245 ; 31 décembre 1878, Cravio c / ville de Toulon 1141 ; 14 février 1890, Laprie c / Ville de Lorient 173).

Cette solution est donnée ici, telle qu'elle résulte de la jurisprudence. On examinera plus loin si l'Administration a le droit de passer ainsi de la mise en demeure à une solution définitive sans mise en régie provisoire.

*
* *

d) *Délai pour satisfaire à la mise en demeure.*

Tous les Cahiers prévoient qu'un délai de 10 jours, courant à partir de la notification de l'arrêté de mise en demeure, sera laissé à l'entrepreneur pour donner satisfaction aux ordres contenus dans cet arrêté. Ce délai peut être réduit jusqu'à 3 jours en cas d'urgence (9 avril 1896 p. 104 ;

31 décembre 1878 p. 1141). L'urgence doit alors être démontrée par un arrêté de mise en demeure motivé. Certains auteurs se sont demandé à quoi pouvait servir cette démonstration dont le bien fondé, découlant de motifs purement administratifs, ne peut être contesté par la partie adverse. Cependant cette déclaration est nécessaire et il est précieux pour l'entrepreneur de connaître les motifs invoqués pour justifier l'urgence ; à défaut d'un recours direct, il peut critiquer ces motifs dans un recours gracieux et les contester dans un recours contentieux, dont il tirera éventuellement la réparation du préjudice que lui aura causé l'abréviation mal fondée du délai.

En cas d'urgence démontrée, le délai doit pourtant être suffisant (19 juin 1891, faillite Deltheil c / Département du Lot, 463).

Le marché peut d'ailleurs fort bien fixer un délai de durée autre que 10 jours. S'il est plus long, l'Administration ne pourra prononcer la mise en régie avant son expiration, malgré les termes du Cahier général (11 décembre 1899, Collignon 696).

Le marché peut également prévoir un délai plus court et même supprimer tout délai (12 mai 1846, Jobert p. 280 ; 30 mai 1867, Nuix p. 325).

Quant tout délai est supprimé, on pourrait néanmoins estimer que, l'Administration, en mettant en demeure, doit laisser à l'entrepreneur le temps nécessaire pour se soumettre à ses injonctions. Qu'aucun délai ne soit fixé *a priori*, n'entraîne pas forcément le droit pour l'Administration de ne pas laisser à son entrepreneur même le temps matériel strictement nécessaire pour redresser sa gestion.

Cette opinion n'a pas prévalu et on considère que l'Administration a, dans ce cas, le droit de prononcer la déchéance

immédiatement après la mise en demeure, c'est-à-dire dès qu'elle a constaté une faute suffisamment grave de l'entreprise.

Il y a là superposition des deux arrêtés de mise en demeure et de mise en régie, et l'on peut se demander si le premier de ceux-ci devenu inutile, ne doit être supprimé. Nous retrouverons cette question au paragraphe f du présent chapitre.

Si un délai a été fixé par le marché, dix jours par exemple, il s'agit de 10 jours francs (17 janvier 1902, Février p. 23; 27 novembre 1903, Ministère des Travaux publics c / Syndic de la faillite du sieur Peyrot 733).

Le Conseil d'Etat écarte l'application au contentieux administratif, de l'art. 1033 du Code de procédure civile, modifié par la loi du 13 mars 1922, selon lequel « lorsque le dernier jour d'un délai quelconque de procédure est un jour férié, ce délai est prorogé jusqu'au lendemain ».

Au contraire du Conseil d'Etat, la Cour de cassation a jugé que l'art. 1033 est une disposition générale de nos lois qui s'applique à toutes les instances (Cass. 22 juillet 1902, S.1905. 1.125, en matière d'appel de jugement de paix en Indo-Chine, ayant statué sur une contravention douanière. Cass. 26 décembre 1906. S. 1907-1-140, en matière d'accidents du travail).

La décision du Conseil d'Etat ne se justifie par aucun motif déterminant. Elle paraît contraire à la loi sur le repos hebdomadaire.

Le délai fixé par le Cahier est un délai minimum. Aucun délai maximum n'est fixé. Il y a pourtant lieu de se demander si la mise en régie ne doit pas être considérée comme tardive, quand la mise en demeure est très ancienne, et si cette dernière ne perd pas son efficacité. Nous retrou-

verons ce problème au chapitre suivant page 46, où nous examinerons aussi le cas où un délai inférieur au délai contractuel, mais matériellement suffisant, aura été imparti, en dehors d'un cas d'urgence.

*
* *

e) *Forme et notification de l'arrêté de mise en demeure.*

En la forme, l'arrêté de mise en demeure ne présente aucun caractère particulier.

Mais il faut qu'il soit notifié à l'entrepreneur : cette notification marquera le point de départ du délai imparti.

La notification est une formalité essentielle et une notification irrégulière ne ferait pas courir le délai (25 mai 1841, Roger Berdoly 211 ; 16 décembre 1881, Lamoureux c / Clair, la Commune et la fabrique à Saint-Hilaire de Talmont ; 6 août 1887, Polge, p. 664 ; 10 décembre 1875, Joret c / Département du Calvados, p. 1002).

La notification se fait normalement par la voie administrative, mais elle peut être faite par acte extrajudiciaire et ministère d'huissier (20 mars 1912, Martin p. 399).

Mais, contrairement à ce que les arrêts décident pour l'arrêté de mise en régie, il ne suffit pas que l'entrepreneur ait eu connaissance de la mesure prise contre lui (4 février 1890, Laprie c / Ville de Lorient, p. 173) (19 juillet 1833, p. 36 ; 23 avril 1840, André Jean p. 130). Il faut une notification régulière.

Elle peut être faite, et c'est l'usage courant, au domicile élu par l'entrepreneur pour les travaux (3 février 1893, Flicotaux c / Commune de Placey 101 ; 13 novembre 1896, Ville de Nice, p. 721). Il s'agit, dans cet arrêt de la notification d'un compte de régie, mais les motifs sont les mêmes.

Cette notification doit être faite par un agent qualifié (26 novembre 1886, Troglia p. 839).

Elle doit être prouvée par écrit (5 décembre 1873 Roques p. 1215 ; 29 juillet 1892, Aubert c / Ville d'Angers p. 669).

Nous avons vu qu'elle pouvait être faite un jour férié.

C'est à l'entrepreneur même ou à son représentant agréé, que cette notification doit être faite. Si, pour un travail, il y a plusieurs entrepreneurs distincts, chacun doit être mis en demeure séparément, sauf bien entendu, engagement solidaire de leur part.

Il en va de même dans le cas d'une entreprise accessoire à une entreprise principale, la mise en demeure étant une mesure de caractère personnel. Cependant le Conseil d'Etat, sans doute entraîné par des considérations de fait, a jugé récemment (Société des Etablissement Christiani et Nielsen, 21 juin 1929, D. H. 29.560) qu'il avait suffi à l'Administration d'avertir régulièrement l'entrepreneur principal pour que la mise en demeure, puis la mise en régie de l'entrepreneur secondaire fussent régulières.

En thèse générale, cette solution n'est pas acceptable. En effet, de deux choses l'une : ou bien l'entrepreneur secondaire est un sous-traitant ; c'était le cas, dans l'espèce, et il ne peut être mis en régie puisqu'il n'y a pas de lien entre l'Administration et lui, ou c'est un entrepreneur qui agit sous les ordres directs de l'Administration et il doit dès lors, être averti directement ¹.

1. Il s'agissait d'un sous-traitant autorisé. Voici comment s'exprime le Conseil d'Etat :

« Sur le moyen tiré de ce que la mise en régie des travaux exécutés par la Société requérante aurait été irrégulière et injustifiée.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que les travaux exécutés par la Société des Etablissements Christiani et Nielsen étaient étroitement solidaires de ceux exécutés par le Sieur Milan, entrepreneur général des travaux du Port ; qu'ainsi l'entreprise de ce dernier ne comportait pas une

* * *

f) *Cas dans lesquels il n'y a pas lieu à mise en demeure.*

L'Administration ne peut se passer d'une mise en demeure, dans les formes que nous venons d'indiquer, que si le marché a expressément entendu déroger sur ce point au Cahier des Clauses et Conditions Générales. Le Cahier des Charges spécial doit prévoir, pour le cas de contestation, une résiliation sans mise en demeure.

C'est une stipulation extrêmement dangereuse pour l'entrepreneur. Elle est de plus exorbitante des principes du droit commun, qui veulent que l'arrivée du terme ne remplace pas une sommation. Elle doit donc être interprétée strictement. La jurisprudence en fournit quelques exemples (29 janvier 1909, Couteau c/ Département du Rhône 123 ; 18 décembre 1912, Boissy ; 27 juillet 1921, Guillou, p. 769).

L'interprétation stricte qui s'impose fait qu'il y a lieu de mettre en demeure, même si la mise en régie peut être prononcée immédiatement sans qu'aucun délai soit accordé à l'entrepreneur. Pratiquement, la mise en demeure n'a pourtant ici aucune utilité (12 mai 1846, Jobert p. 280 ; 30 mai 1867, Nuix p. 325).

Ces stipulations paraissent vraiment léonines.

« régie partielle ; que, dans ces conditions, la Société requérante, qui ne conteste pas que la mise en régie du Sieur Milan ait été justifiée à l'égard de celui-ci et ait été précédée d'une mise en demeure adressée à l'entrepreneur principal, n'est pas fondée à soutenir que cette mesure a été irrégulière en ce qui la concerne, du fait qu'elle n'a reçu aucune mise en demeure préalable et qu'aucune faute ne peut lui être reprochée dans l'exécution des travaux. »

« La requête des Etablissements Christiani et Nielsen est rejetée ».

CHAPITRE II

LA MISE EN REGIE PROVISOIRE

La mise en régie provisoire est la phase de la déchéance qui s'ouvre après l'expiration du délai imparti par l'arrêté de mise en demeure, si l'entrepreneur n'a pas donné satisfaction aux exigences de l'Administration.

C'est cette phase que l'on désigne parfois sous le nom de « déchéance de l'entrepreneur » au sens étroit de cette expression.

La généralisation de cette terminologie est à recommander. En effet, on éviterait, grâce à elle, la confusion qui s'établit trop facilement entre deux phases distinctes, celle de la mise en régie provisoire et celle de la mise en régie définitive.

En outre, l'appellation de « déchéance » définit excellemment la mise en régie provisoire, mesure qui a bien pour effet de retirer à l'entrepreneur, la direction deson travail. Les décisions définitives qui interviendront ensuite, n'auront d'autre but que de parer à la défaillance de l'entrepreneur et d'obtenir, malgré cette circonstance, la bonne fin des travaux. Mais dès l'arrêté de mise en régie provisoire, il est bien certain que l'entrepreneur se trouve déchu définitivement, sauf remise gracieuse.

Historiquement, la régie provisoire fut d'abord la seule forme de régie connue.

Le rapport de la commission de 1817, dans son paragraphe 6^o, qui fut introduit dans l'art. 36 du Cahier, décidait en effet que la régie ne serait maintenue que le temps nécessaire pour faire une nouvelle adjudication ou prendre, à bon escient, la décision de remettre l'entrepreneur à la tête de ses chantiers. Cette régie, décidée par le Directeur général ou au moins par l'autorité locale, voyait ses conditions précisées par un arrêté.

En 1833 (art. 21 du Cahier) à l'expiration du délai, la régie sera organisée immédiatement et sans autre formalité. Ensuite le Directeur pourra, soit ordonner la continuation de la régie, soit décider qu'il y aura réadjudication à la folle enchère ou prononcer la résiliation.

C'est donc en 1833 que fut créée la mise en régie définitive. Cette institution apparaît à ce moment comme l'adoption, par l'autorité supérieure, des mesures provisoires prises dès que la défaillance et la mauvaise volonté de l'entrepreneur ont été régulièrement constatées. Ainsi s'explique la confusion qui paraît bien avoir existé dans l'esprit du rédacteur de 1833 et qui subsiste dans la terminologie actuelle, entre les deux phases provisoire et définitive de la régie.

*
* *

TEXTES. — Le Cahier des Ponts et Chaussées s'exprime ainsi :

« Passé ce délai, si l'entrepreneur n'a pas exécuté les
« dispositions prescrites, le préfet après en avoir référé au
« Ministre lorsque le montant des travaux restant à exé-
« cuter dépasse 50.000 francs et sauf le cas d'urgence, or-
« donne l'établissement d'une régie aux frais de l'entre-

« preneur. Il est alors procédé immédiatement, en sa
« présence, ou lui dûment appelé, à l'inventaire descrip-
« tif du matériel de l'entreprise et à la remise de la partie
« de ce matériel qui n'est pas utilisé par l'Administration
« pour l'achèvement des travaux ».

* * *

Comparé au Cahier de 1892, le texte innove sur deux points :

Le Préfet ne doit se décider qu'après en avoir référé au Ministre, sauf le cas d'urgence, s'il reste à exécuter des travaux d'un montant supérieur à 50.000 francs. D'autre part, il est fait remise immédiate à l'entrepreneur du matériel qui ne sera pas utilisé par l'Administration pour l'achèvement des travaux.

Le Cahier des Constructions militaires se rapproche de l'ancienne rédaction du Cahier des Ponts et Chaussées et ne contient pas les dispositions introduites en 1910. C'est un ordre du Directeur qui prononce la mise en régie provisoire. Un inventaire du matériel appartenant à l'entrepreneur est immédiatement dressé.

Le Cahier de la Marine prévoit que dans tous les cas même d'urgence, et quelle que soit l'importance des travaux restant à exécuter, le Préfet maritime ne pourra prononcer la déchéance de l'entrepreneur qu'après en avoir référé au Ministre. En outre les formalités d'inventaire contradictoire du matériel de l'entreprise et de remise immédiate de la partie de ce matériel qui ne sera pas utilisée par l'Administration, s'accompagnent d'une constatation des ouvrages exécutés et du stock des matériaux approvisionnés par ordre.

Le Cahier des Chemins vicinaux donne compétence au Préfet, celui-ci n'a pas à en référer au Ministre, nous retrouvons l'inventaire du matériel, la constatation des travaux exécutés et la remise immédiate du matériel que l'Administration n'entend pas utiliser.

La rédaction du Cahier de la Ville de Paris est semblable à celle du Cahier des Chemins vicinaux, à cette exception près qu'il n'y a pas lieu à constatation contradictoire des travaux exécutés.

Les divers Cahiers sont, on le voit, assez semblables les uns aux autres. Leur étude commune est possible.

Nous envisagerons successivement chacune des formalités prévues, en indiquant les Cahiers qui ne les rendent pas obligatoires, ou du moins ne les prévoient pas expressément.

* * *

PLAN. — Nous aurons à nous poser les questions suivantes :

- a) Qui a qualité pour ordonner la mise en régie ?
 - b) Cas où il y a nécessité d'en référer au Ministre.
 - c) Dans quel délai, après la mise en demeure, la mise en régie peut-elle être prononcée ?
 - d) Comment doit être constatée l'inexécution par l'entrepreneur des prescriptions de l'arrêté de mise en demeure ?
 - e) Quels seront les travaux exécutés en régie ?
 - f) Comment l'arrêté de mise en régie sera-t-il porté à la connaissance de l'entrepreneur ?
 - g) Constatation des travaux antérieurement exécutés.
 - h) Inventaire du matériel et des approvisionnements.
- Remise immédiate du matériel inutile.

- i) Fonctionnement de la régie (renvoi au chapitre suivant).
- j) Cas dans lesquels il n'y a pas de mise en régie.

*
* *

a) *Qui a qualité pour ordonner la mise en régie ?*

C'est en principe la même autorité que celle qui a qualité pour prendre l'arrêté de mise en demeure. En effet, le Cahier des Ponts et Chaussées donne compétence au Préfet, celui des Constructions militaires au Directeur du Génie, celui des Chemins vicinaux, au Préfet et celui de la Ville de Paris, au Préfet de la Seine.

Dans la limite des textes réglementaires régissant leur fonction, ces fonctionnaires peuvent déléguer leurs pouvoirs et se substituer l'un de leurs collaborateurs. Il en est ainsi pour le Préfet qui peut se faire suppléer par un Conseiller de Préfecture délégué (19 juillet 1872, Carlin et Rabattu, p. 440).

Le Cahier des Charges spécial, ou le devis peuvent fort bien apporter une dérogation à cette règle de compétence et désigner une autorité qui aura, dans le marché dont il s'agit, qualité pour prononcer la déchéance. Ainsi, lors de l'Exposition universelle de 1900, les marchés donnaient compétence au Commissaire général. La jurisprudence a reconnu la validité de cette stipulation contractuelle (22 mars 1906, Mallet et Pinard, p. 306). S'agissant de ports maritimes lointains, compétence peut être donnée à un officier non Préfet maritime (24 décembre 1909, Zottier, p. 1020).

Il y a quelques difficultés concernant les travaux communaux.

A moins de disposition contraire du devis, c'est en principe au Maire qu'il appartient de prononcer la mise en régie provisoire (16 mars 1894, Rome c / Ville d'Issoire 226 ; 29 janvier 1904, Ville de Constantine c / Armelin 75 ; 25 octobre 1911, Hébrard c / Ville de Carmaux, p. 983).

C'est en effet le Maire qui est chargé de la direction des travaux (lois des 10 octobre 1871 et 5 avril 1884).

Longtemps la jurisprudence s'est contentée de la seule intervention du maire (31 décembre 1878, Cavo c / Ville de Toulon p. 1141). Le Conseil d'Etat n'exigeait l'approbation préfectorale que si le devis portait une référence précise au Cahier du Ministère des Travaux publics (3 juin 1892, commune d'Aïn-Tagrout, c / Rigal 532). Encore cette référence devait-elle être suffisamment nette pour constituer une dérogation conventionnelle à la compétence normale du Maire, en ce qui concerne la direction des travaux communaux.

Aujourd'hui, la jurisprudence est en sens contraire.

L'art. 90 de la loi du 5 avril 1882, interprété strictement, l'a amenée à décider que le Maire, bien que compétent, ne devait agir qu'après délibération du Conseil municipal et soumettre son arrêté de mise en régie provisoire à l'approbation préfectorale (29 juillet 1905, Olivier c / Ville de Montbrison, p. 704 ; 18 mars 1931, Vausaire c / Commune de Merville, D. H., 1931, p. 304).

Toutefois, plutôt que le prononcé de la régie provisoire, c'est le choix des mesures définitives que la jurisprudence paraît refuser à la compétence du Maire agissant seul. Le Conseil d'Etat a, en effet, validé de telles mises en régie qui n'avaient été suivies ni d'une régie définitive, ni d'une réadjudication — (22 janvier 1919, Guyot c / Commune de Craponne, p. 55).

Quelle que soit l'autorité compétente, Préfet, Préfet maritime ou Maire, le Conseil d'Etat n'est pas très strict quant à la forme donnée à son intervention.

En matière de travaux communaux, la régie peut être prononcée par le Préfet, à la demande du Maire (15 janvier 1913, Cabet c / Commune de Héches, p. 48).

Le Préfet peut se contenter d'approuver un projet d'arrêté présenté par l'ingénieur ou l'agent-voyer (16 juin 1899, Renault p. 440) ou même un arrêté signé du Maire (26 janvier 1904, Ville de Constantine c / Armelin p. 75).

Enfin si l'approbation du Préfet est nécessaire, l'Administration ne doit pas, obligatoirement, la notifier à l'entrepreneur, à moins que le Cahier des Charges spécial et le devis ne l'exigent expressément (15 février 1895, Ville de Nantes c / Guihot, p. 160).

*
* *
*

b) Cas où il y a nécessité d'en référer au Ministre.

L'autorité compétente, pour prendre l'arrêté de mise en régie, concernant une entreprise soumise au Cahier des Ponts et Chaussées, doit d'abord en référer au Ministre, sauf les cas d'urgence, si les travaux restant à exécuter dépassent 50.000 francs. Le Cahier de la Marine exige qu'il en soit référé au Ministre dans tous les cas, sans aucune exception. A l'inverse, les Cahiers de la Ville de Paris, des Chemins vicinaux et des Constructions militaires ne contiennent aucune invitation de ce genre au fonctionnaire qualifié pour prononcer la mise en régie. De même la jurisprudence décide que, pour les travaux des départements, le Préfet agit seul (31 juillet 1918, Meunier p. 786; 4 mai 1877, Blanc c / Département de la Corse, p. 429;

3 janvier 1881, p. 26 ; 13 avril 1883 Saignes c / Département du Tarn et Garonne, 344). Il en est de même pour les travaux des associations syndicales. Dans tous ces cas, les fonctionnaires compétents peuvent, bien entendu, soumettre le dossier au Ministre, mais c'est pour eux une pure faculté.

Même dans les cas où les Cahiers exigent que cette formalité ait lieu, le Conseil d'Etat estime que cette mesure n'est prescrite que dans l'intérêt de l'Administration et que l'entrepreneur ne saurait l'exiger (22 mars 1907, p. 306 Mallet et Pinard à propos de l'Exposition universelle).

Cette communication du dossier au Ministère est faite avant que soit pris l'arrêté de mise en régie. Il est important de noter que le Ministre peut ne prendre aucune décision. La formalité n'a d'autre but que de le tenir au courant. Pratiquement il fait connaître son opinion et celle-ci emporte la décision de l'Administration compétente.

Les Cahiers ne fixent pas le délai dans lequel le ministre doit être saisi. Il semble qu'il doive l'être immédiatement. Nous verrons plus loin si l'entrepreneur peut faire grief à l'Administration d'un retard dans le compte-rendu qui doit être fait au Ministre de l'établissement de la régie (13 avril 1883, Saignes c / Département du Tarn et Garonne, p. 344).

La circulaire du 29 décembre 1910, commentant l'introduction dans le Cahier des Ponts et Chaussées, de cette nécessité d'en référer, indique bien l'utilité que peut avoir cette formalité :

« La mise en régie est une mesure grave qui peut entraîner des difficultés de toutes natures et qui ne doit être ordonnée qu'après instruction approfondie. Sauf le cas d'urgence et lorsqu'il s'agit d'entreprises pour lesquelles

« il reste encore d'importants travaux à exécuter, il est
« bon que les faits qui déterminent les services locaux à
« proposer au préfet la mise en régie, soient examinés par
« des fonctionnaires n'ayant pas eu à intervenir dans les
« discussions qui précèdent généralement l'application des
« mesures de rigueur. Dans ce but, le Préfet, avant de
« prendre l'arrêté de mise en régie proposée par le chef de
« service, devra en référer au Ministre. Saisi du dossier, le
« Ministre, avant de se prononcer pourra demander l'avis
« de l'Inspecteur général et même du Conseil général des
« Ponts et Chaussées; l'Etat et l'entrepreneur auront
« ainsi toutes garanties, le cas échéant, quant à la légitimité de la mesure prise pour assurer l'exécution des travaux ».

Ce recours au Ministre est assurément une garantie de plus pour l'entrepreneur, et cette garantie n'est pas à négliger. Elle ouvre en effet la possibilité d'un recours gracieux au supérieur hiérarchique. Nous examinerons plus loin ce recours qui a le gros avantage d'être préventif et même le seul recours préventif possible.

Dès lors, il faut regretter que le Conseil d'Etat ne considère pas cette formalité comme substantielle et refuse à l'entrepreneur le droit de l'exiger ou d'en critiquer l'omission. Les juges administratifs ont ainsi jugé parce que à leur sens, le Ministre ne doit être saisi que dans l'intérêt de l'Administration. Nous venons pourtant de voir que, dans l'esprit des créateurs de cette mesure, elle devait être une garantie pour les deux parties.

* * *

c) *Dans quel délai, après la mise en demeure, la mise en régie peut-elle être prononcée ?*

D'abord il faut nécessairement que le délai imparti à l'entrepreneur par l'arrêté de mise en demeure, pour donner satisfaction aux exigences du maître de l'œuvre, soit expiré. Nous avons vu comment ce délai doit être calculé et qu'en principe il est de dix jours francs. L'Administration peut, impartir un délai différent, plus court si le marché l'y autorise, plus long dans tous les cas. Dans cette deuxième hypothèse, elle s'interdit, bien entendu, de prononcer la mise en régie avant l'expiration du délai fixé par elle.

Le délai contractuel peut être raccourci en cas d'urgence. L'urgence doit être invoquée dans l'arrêté de mise en demeure. Si cela n'a pas été fait, l'Administration ne peut plus raccourcir le délai pour ce motif (1^{er} décembre 1899, Colignon 696).

Si aucun délai n'a été spécifié, il faut que celui-ci soit suffisant en fait (19 juin 1891, fallite Deltheil c/ Département du Lot, 463).

Il faut noter que l'Administration qui a imparti un délai insuffisant en droit, soit qu'elle ait invoqué l'urgence à tort, soit pour tout autre motif, peut éviter d'avoir à indemniser l'entrepreneur si elle a laissé à celui-ci un délai suffisant en fait (16 avril 1880 Gautier p. 380; 13 décembre 1901, Ratier c/ Commune de Grisolles, 879; 1^{er} juin 1894, Varangot).

A l'inverse, n'est-il pas également nécessaire qu'un trop long espace de temps ne sépare pas la mise en demeure de la mise en régie ?

L'Administration, en effet, semble dans ce cas, avoir renoncé à se prévaloir de l'arrêté de mise en demeure et celui-ci paraît avoir perdu son efficacité.

Il n'y a, à ce sujet, aucune règle posée par les Cahiers.

Le problème ne peut être résolu qu'à l'occasion d'espèces particulières.

Il paraît, en tous cas nécessaire qu'aucun doute n'ait pu subsister dans l'esprit de l'entrepreneur sur l'intention de l'Administration de se prévaloir de son arrêté de mise en demeure, quelque ancien soit-il. Il faut aussi, bien entendu, que toutes les formalités d'une mise en régie régulière soient remplies. S'il en est ainsi, on ne saurait reconnaître comme inopérant un arrêté de mise en demeure ancien, mais régulier.

*
* *

d) Comment doit être constaté l'inexécution par l'entrepreneur, des prescriptions de l'arrêté de mise en demeure.

L'un des éléments de validité de la mise en régie est la carence de l'entrepreneur qui n'exécute pas, dans le délai qui lui a été imparti à cet effet, les prescriptions inscrites par l'Administration dans l'arrêté de mise en demeure.

Il se peut que l'entrepreneur ait fait de grands efforts mais n'ait pas réussi. Il se peut que les ordres aient été inexécutables, soit dans le délai fixé, soit même dans un délai plus long qui a été laissé en fait. Il se peut que, à l'inverse, l'entrepreneur n'ait rien fait, mais invoque un prétexte ou une excuse propre, à expliquer son inaction.

Qui doit se faire juge du problème ainsi soulevé et, ce qui est délicat, constater la carence de l'entrepreneur ?

Aucun Cahier ne s'explique sur ce point. Mais, on décide par extension des pouvoirs qui leur sont donnés par les Cahiers, que c'est, selon le cas, au Préfet, au Préfet maritime au Directeur du Génie, au Préfet de la Seine ou au Maire qu'il appartient de décider.

Aucune forme n'est imposée pour cette constatation. Elle n'a même pas à intervenir de façon expresse et peut

résulter implicitement du seul fait que l'Administration a prononcé la mise en régie (6 février 1885, Sérail p. 160).

Il en est ainsi même quand l'entrepreneur demande que cette constatation ait lieu.

Cette solution paraît acquise en jurisprudence. Elle s'appuie sur ce fait qu'aucune disposition des Cahiers ne prévoit de constatation.

Mais il va de soi que l'Administration peut parfaitement procéder à cette constatation et même lui donner un caractère contradictoire en convoquant l'entrepreneur, soit par voie extrajudiciaire, soit par ordre de service, comme elle le fait pour l'inventaire (voir *infra*).

On a même soutenu que, dans certains cas, le Conseil d'Etat exige qu'il soit constaté, sinon contradictoirement, du moins expressément, que l'entrepreneur n'a rien fait pour se soumettre aux conditions de la mise en demeure.

Il a été jugé ainsi (16 janvier 1874, Gauthier, Rec. p. 62) dans un cas où la mise en régie n'était intervenue que 6 mois après l'arrêté de mise en demeure. Le Conseil d'Etat a décidé que cette régie avait été prononcée « sans constatation suffisante » de la carence de l'entrepreneur.

A vrai dire, le Conseil d'Etat n'a pas voulu exiger une vérification contradictoire ou même unilatérale de l'état des travaux. La rédaction de l'arrêt Thévenet (3 mars 1893, Thévenet p. 213) reflète mieux que celle de l'arrêt Gauthier la véritable pensée du Conseil d'Etat. Ce qu'il a réellement voulu exiger, dans ces deux espèces, c'est une nouvelle mise en demeure, dans des cas où l'entrepreneur était fondé à penser que la première était périmée par suite d'une renonciation implicite de l'Administration.

Dans ces deux espèces, en effet, il n'était pas très certain que l'entrepreneur n'ait pas satisfait aux exigences

de l'Administration. Il avait fait tous ses efforts dans ce but et, comme l'Administration patientait, on pouvait penser qu'elle jugeait ces efforts suffisants.

Donc, en ce qui concerne la constatation de la carence de l'entrepreneur, la règle générale est celle qui est posée par l'arrêt Séraïl : cette constatation n'est pas obligatoire¹.

Pourtant et malgré cette dispense d'une constatation expresse, il faut qu'il y ait carence et inexécution des injonctions de l'arrêté de mise en demeure. De là découlent diverses conséquences.

D'abord, la régie ne peut intervenir valablement si l'entrepreneur a pris l'engagement de se soumettre et si cet engagement est accepté par l'Administration. La régie ne pourra être prononcée qu'après une nouvelle mise en demeure (10 décembre 1871, Joret c/ Département du Calvados, p. 1002).

Cela reste vrai même si l'entrepreneur a accompagné son engagement de certaines réserves sur les conséquences finales de l'attitude de l'Administration à son égard. (9 avril 1868, Martine p. 401).

Enfin, l'inexécution doit être due à une faute de l'entre-

1. Dans une espèce assez curieuse jugée le 15 juin 1841 (Bau, p. 245), le Conseil d'Etat a validé une mise en régie prononcée par un Préfet quand les retards de l'entrepreneur avaient été autorisés ou, pour le moins, tolérés par les ingénieurs. Il y avait accord entre l'entrepreneur et les ingénieurs pour que la mise en régie soit suspendue. Le Conseil d'Etat a considéré que cet accord n'avait pas été revêtu de l'approbation de l'autorité supérieure et ne liait pas le Préfet.

Il y avait cependant un élément de fait et peut-être même de droit, qui était de nature à faire admettre la régularité de la contestation de l'entrepreneur, et la décision du Conseil d'Etat paraît bien rigoureuse. Elle est l'indice d'une doctrine selon laquelle le Préfet, s'il n'est pas lié par un accord auquel les ingénieurs sont partie, est *a fortiori* libre de décider en dehors et même contre l'avis des agents techniques, qui seuls connaissent la véritable situation, si les conditions de la mise en demeure ont été ou non satisfaites. C'est non seulement autoriser l'Administration à ne pas constater expressément la carence de l'entrepreneur, mais presque l'autoriser à passer outre à une constatation contraire.

preneur et n'être pas la conséquence d'un cas de force majeure. (1^{er} août 1902, p. 610).

*
* *

e) *Sur quels travaux doit porter la mise en régie ?*

Il est bien évident que la régie ne peut être prononcée que pour des travaux qui ont fait l'objet d'une mise en demeure régulière. Il n'en va autrement que dans les cas exceptionnels où l'Administration peut se passer de la mise en demeure (voir *supra*).

De plus, la régie ne peut être partielle. Cette règle complémentaire a été introduite par un avis du Conseil Supérieur des Ponts et Chaussées du 31 janvier 1883 dans une affaire Autixier et Malapert et C^{ie}, qui a donné lieu à l'arrêt du 12 mars 1884. (Rec. p. 238, la note contient l'avis du Conseil des Ponts). Aux termes de cet avis, il ne saurait y avoir de régie ne s'appliquant pas à l'ensemble de l'entreprise et excluant certains travaux qui resteraient soumis au devis primitif.

La doctrine est en ce sens : Porée et Cuënot (page 595), René et Frennelet (n° 639), Doussaud (p. 342).

Barry (page 293) admet pourtant que certains travaux, aisément divisibles, pourraient faire l'objet d'une régie partielle.

Mais il semble bien que la règle de « généralité » soit aujourd'hui établie. L'avis du Conseil des Ponts, l'arrêt Autixier du 21 mars 1884, l'arrêt Troglia du 26 novembre 1886 (page 839) s'expriment en termes extrêmement nets.

La règle est justifiée pour plusieurs raisons.

D'une part, toutes les parties d'une entreprise ne sont pas également fructueuses et il y aurait injustice à mettre

en régie celles qui sont bénéficiaires en ne laissant à l'entrepreneur que celles qui l'exposent à des pertes inévitables, pertes qui, dans l'esprit du marché, devaient se compenser avec des profits réalisés ailleurs.

C'est d'ailleurs contre un danger semblable que l'art. 32 a voulu protéger l'entrepreneur.

En outre, il y aurait de graves inconvénients pratiques à soumettre un même travail à deux autorités distinctes.

De même on n'expliquerait plus la nécessité d'un inventaire du matériel, puisque, en cas de régie partielle, le matériel devrait évidemment être laissé à l'entrepreneur.

Si un doute peut encore subsister sur la généralité de cette règle, il vient de la rédaction des deux arrêts précités du Conseil d'Etat, qui ont annulé la décision du Préfet parce que l'entreprise dont il s'agit ne comportait pas de mise en régie partielle.

Est-ce à dire que, dans la pensée du Conseil d'Etat, il existe parmi les entreprises soumises aux Cahiers, certains marchés susceptibles de régie partielle parce qu'aisément divisibles ? ou le Conseil d'Etat a-t-il voulu exprimer que, du seul fait de l'adoption de l'un des Cahiers, l'entreprise se trouve classée parmi celles qui ne comportent pas de mise en régie partielle ?

C'est cette seconde interprétation qui doit être préférée. Notons encore que le Cahier des Constructions militaires du 17 juillet 1889, dans son art. 49, prévoyait une mise en régie partielle et dans son art. 56, permettait l'exécution d'office de travaux déterminés, laissés en souffrance. Ces dispositions ont disparu en 1911 et ceci montre bien la tendance régnante sur ce point.

Si un entrepreneur est adjudicataire de plusieurs travaux voisins, mais absolument distincts, l'Administration peut

mettre l'une des entreprises en régie et laisser l'entrepreneur à la tête des autres (29 juillet 1858, Saté p. 551). Encore faut-il que les travaux soient vraiment distincts et que l'Administration justifie que l'entrepreneur n'a pas été conduit à soumissionner les uns parce qu'il était titulaire des autres, ou inversement, à prendre les premiers à seule fin d'obtenir les seconds plus sûrement.

Si l'Administration a prononcé une mise en régie partielle, son devoir est de rentrer dans la légalité et d'établir au plus tôt une régie totale. Elle peut le faire sans nouvelle mise en demeure (Pandectes françaises 58^e tome, 1905, Travaux Publics ; 1^{er} février 1901, Picavet c / Ville de Tourcoing p. 129), arrêt rendu à propos de travaux communaux et d'ailleurs un peu douteux, car, en l'espèce, la mise en demeure avait un caractère général.

Il a été jugé par le Conseil d'Etat (21 juin 1929, Société des Etablissements Christiani et Nielsen, D.H. 29, p. 560) que dans le cas où un travail est exécuté par plusieurs entreprises, dont l'une est principale, et les autres accessoires, il suffit que la première soit défaillante et mise en régie pour que l'entreprise secondaire le soit également. Nous avons déjà rencontré cet arrêt et dit combien il nous semble critiquable (voir *supra*). De deux choses l'une, en effet : ou l'entrepreneur secondaire était un fournisseur du premier, son sous-traitant ; il n'était pas lié à l'Administration et la mise en régie, sanction essentiellement contractuelle, ne pouvait lui être appliquée, ou bien c'était un entrepreneur distinct et les formalités de la mise en régie devaient être remplies séparément de celles qui avaient été dirigées contre l'entrepreneur principal.

La décision du Conseil d'Etat paraît avoir été dictée par le souci d'éviter l'établissement d'une régie partielle et à ce titre, irrégulière.

*
* *

f) *Comment l'arrêté de mise en régie sera-t-il porté à la connaissance de l'entrepreneur ?*

Le moyen le plus simple est une notification administrative. Cette notification peut être également faite par voie extrajudiciaire et ministère d'huissier.

La notification sera faite au domicile élu par l'entrepreneur pour l'exécution des travaux (13 novembre 1896, Ville de Nice, p. 721).

Mais cette notification n'est pas une formalité obligatoire comme elle l'était dans l'hypothèse de l'arrêté de mise en demeure. Elle n'est expressément prévue par aucun Cahier et il a été jugé en conséquence qu'une régie non notifiée était valable pourvu que l'entrepreneur en ait eu connaissance, ce dont l'Administration devra rapporter la preuve (4 février 1890, Laprie c / Ville de Lorient, p. 173 ; 19 juillet 1833, Commission Syndicale des Dignes de la Saône et du Doubs c / Dubost, Rec. Lebon t. V, p. 366 ; 23 avril 1840, André Jean p. 130).

Dans le cas où plusieurs entreprises sont mises ensemble en régie — chacune d'elle doit avoir connaissance spéciale de la mesure qui la frappe.

Pourtant dans l'arrêt du 21 juin 1929 ci-dessus analysé (Etablissements Christiani et Nielsen, D. H. 29, p. 560) le Conseil d'Etat a jugé que, dans le cas d'une entreprise principale et d'une entreprise accessoire, la première seule devait être prévenue.

*
* *

g) *Constatation des travaux exécutés.*

Le relevé des travaux exécutés au moment où intervient

la mise en régie n'est prescrit que par le Cahier de la Marine (constatation des travaux exécutés) et celui des Chemins vicinaux (constatation contradictoire des travaux exécutés). Les autres Cahiers (Ponts et Chaussées, Génie, Ville de Paris) ne prévoient aucune mesure de ce genre.

Il y a là, pourtant, une formalité de la plus grande utilité, car dans le compte définitif de l'entreprise, il sera nécessaire de distinguer les travaux exécutés sous le régime du marché et qui seront payés aux prix convenus, de ceux qui auront été dirigés par le régisseur ou le nouvel adjudicataire.

Pratiquement, cette constatation a généralement lieu.

Cette opération, lorsqu'elle est réglementaire, sera faite en présence de l'entrepreneur, ou lui dûment appelé. Celui-ci sera convoqué par un ordre de service. Il pourra se faire représenter par un mandataire (27 février 1874, Colas p. 209).

Quand cette constatation est facultative, il n'y a plus d'obligation pour l'Administration de convoquer l'entrepreneur, mais c'est une sage précaution, car si l'entrepreneur conserve le droit de ne pas accepter les conclusions de l'Administration, ses observations peuvent, soit éclairer le maître de l'œuvre soit, si elles ne sont pas fondées, être plus facilement réfutées en présence des faits.

En 1817, nous le savons, une commission fut réunie pour fixer les droits et les devoirs de l'Administration au moment de la mise en régie. Le rapport de cette commission vit ses conclusions passer dans l'art. 36 du Cahier du Ministre d'Etat et observées sans force obligatoire, pour les autres travaux d'utilité publique.

Dès cette époque, il est prévu que doivent être dressés inventaire et état de situation « des travaux, approvision-

« nements et dépenses exécutés par l'entrepreneur, conformément au devis, lesquels inventaire et état de situation, en cas de refus par l'entreprise de les reconnaître et de les signer, doivent être revêtus de toutes les formes nécessaires pour établir leur authenticité ».

Il est assez extraordinaire que les Cahiers actuels négligent cette formalité qui apparaît essentielle. Si, en fait, la constatation intervient presque toujours, il n'y en a pas moins là une lacune des textes qui peut présenter de graves inconvénients (Cf. 28 février 1873, Danner p. 206 ; 27 février 1874 Colas c / Département de la Sarthe, p. 209).

Au paragraphe suivant (h) à l'occasion de l'inventaire du matériel et des matériaux pour lequel les motifs sont les mêmes, nous étudierons l'hypothèse du défaut d'inventaire ; nous retrouverons les conséquences de ce défaut dans la deuxième partie de notre étude, quand nous rechercherons quels sont les droits de l'entrepreneur.

Les Cahiers qui rendent obligatoire la constatation des travaux exécutés, ne déterminent pas la forme qu'il convient de lui donner.

Il n'y aura donc qu'à se laisser guider par des considérations pratiques, en cherchant à donner au document le maximum de garantie d'authenticité et le maximum de précision, afin que le décompte définitif soit aussi simple que possible à établir.

*
* *

*h) Inventaire du matériel et des matériaux approvisionnés.
Remise à l'entrepreneur du matériel inutilisé.*

Tous les Cahiers décident en des termes à peu près semblables, qu'il doit être fait un inventaire du matériel appar-

tenant à l'entrepreneur, en présence de celui-ci, ou après l'avoir dûment convoqué. La généralité des Cahiers (Ponts et Chaussées, Constructions militaires, Chemins vicinaux, Ville de Paris) prévoient un inventaire descriptif du matériel. Le Cahier de la Marine ajoute un inventaire des matériaux approvisionnés par ordre.

Les Cahiers ne prévoient pas comment l'entrepreneur est convoqué. En pratique, on le fait par voie de simple ordre de service, et ceci est suffisant (27 février 1874, Colas, p. 209).

L'entrepreneur peut se faire représenter.

L'Administration, elle-même, est représentée par ses agents techniques.

La plupart des Cahiers (Ponts et Chaussées, Marine Ville de Paris, Chemins vicinaux) décident d'autre part qu'il sera fait remise à l'entrepreneur de la partie du matériel qui ne sera pas utilisée par l'Administration au cours des travaux d'achèvement. C'est l'Administration qui détermine souverainement le matériel qu'elle entend conserver.

Enfin, si le Cahier de la Marine est le seul à préciser que les matériaux approvisionnés par ordre sont repris et inventoriés au même titre que le matériel, il va sans dire que les autres Administrations reprennent elles aussi les matériaux utilisables stockés sur le chantier.

Qu'il s'agisse de la constatation des ouvrages exécutés dans les cahiers qui la prévoient, ou de l'inventaire des matériaux et du matériel, la question essentielle qui se pose est de savoir s'il y a là un élément substantiel de la procédure comme la mise en demeure ou si, au contraire, l'Administration peut se dispenser de ces formalités sans encourir l'annulation de la mise en régie.

En fait, il n'est pas douteux que ces constatations précises soient extrêmement utiles. De bons exemples des complications qu'entraîne une absence d'inventaire des matériaux repris, sont fournis par les arrêts du 3 juillet 1873 (Syndicat des marais de la Dives c / Alaux, p. 614) et du 17 juillet 1874, (Commune de Saint Cierres-la-Lande c / Milhau et Alaux 689).

Il est de toute nécessité, quelle que soit la solution qui doive définitivement intervenir, que soient bien déterminés les éléments d'actif que l'entrepreneur est contraint d'abandonner à l'Administration.

Mais la question se pose néanmoins en droit de savoir si cette formalité est substantielle. C'est ce que pensent divers auteurs (Christophle et Angès, t. I, n° 911, Dousault, p. 349). Ces auteurs font ressortir le caractère expressément contractuel de la formalité et son rôle dans la sauvegarde des intérêts de l'entrepreneur.

Il est néanmoins certain que le Conseil d'Etat a jugé dans un sens contraire : l'absence d'inventaire n'est pas toujours une cause de nullité de la régie.

C'est la solution vraiment claire que l'on trouve dans la jurisprudence. Pour le surplus, la véritable pensée du Conseil d'Etat est difficile à saisir et prête à la controverse.

Dans une première opinion, qui est celle de Perriquet, (Traité théorique et pratique des Travaux Publics, t. I, page 249 n° 287) le refus de l'Administration de procéder à un inventaire n'est substantielle que si l'entrepreneur demande que la formalité soit remplie. Cette opinion qui peut paraître trouver un appui dans deux arrêts (Syndicat des Marais de la Dives c / Alaux, 3 juillet 1873, p. 614 et 17 janvier 1877, Guernet c / le Département des Landes

p. 57), n'est pas très juridique. Les droits que les parties tirent d'un contrat existent sans que l'une d'elles ait à préciser à nouveau sa volonté de les exercer. Il faudrait donc interpréter le silence de l'entrepreneur comme une renonciation à l'inventaire. C'est aller arbitrairement bien loin.

Aussi, MM. Porée et Cuënot (*Les entreprises de Travaux publics soumises aux clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées et aux Cahiers des Chemins Vicinaux*, n° 485) soutiennent-ils au contraire que les inventaires ne sont jamais obligatoires, sous peine de nullité.

Ils s'appuient sur l'arrêt du 17 janvier 1877 (Guernet c / Département des Landes, p. 59), sur un arrêt du 3 janvier 1881, (Crète c / Préfet de la Charente, 25) et sur un arrêt du 9 juin 1882 (Escaraguel, Roulet et Duffieu p. 558).

Le dernier de ces arrêts décide que le retard de l'Administration à procéder à l'inventaire descriptif ne peut constituer un sujet de plainte pour l'entrepreneur.

L'arrêt de 1877 s'exprime en ces termes sur le point qui nous intéresse :

« Considérant que la mise en régie n'a été prononcée
« qu'après l'accomplissement des formalités prescrites
« par l'art. 35 des Clauses et Conditions Générales et que,
« pour la solution des questions actuellement soumises au
« Conseil d'Etat, il est sans intérêt d'examiner si les for-
« malités prescrites par le même article pour la rédaction
« de l'inventaire descriptif du matériel de l'entreprise ont
« été absentes ».

MM. Porée et Cuënot paraissent bien soutenir la solution véritable, au moins en jurisprudence.

Cette solution est critiquable en ce sens que, sans motif

impérieux, elle permet à l'Administration de s'affranchir de la formalité de l'inventaire, bien qu'elle soit contractuelle.

Il est vrai que l'absence d'inventaire n'est pas forcément défavorable à l'entrepreneur. Ses conséquences seront généralement onéreuses pour l'Administration qui a commis une faute et à laquelle le Conseil d'Etat demandera des justifications très précises et presque impossibles à fournir, quand elle contestera les dires de l'entrepreneur.

Il n'en est pas moins vrai que l'entrepreneur doit préférer une situation claire à un espoir de réparation ultérieure et aléatoire, comme nous l'expliquerons.

A l'heure actuelle, c'est pourtant la seule issue pour lui car l'Administration peut, à ses risques et périls, mais de sa seule volonté, omettre l'inventaire.

C'est une lacune du système, lacune somme toute insuffisamment compensée par les recours de l'entrepreneur, que nous examinerons dans la deuxième partie de notre étude.

* * *

i) *Fonctionnement de la régie.*

Au cours de cette régie provisoire, et en attendant qu'une mesure définitive soit prise par l'Administration supérieure, les travaux seront poursuivis par l'Administration aux frais de l'entrepreneur.

Dans le chapitre suivant, où nous étudierons les mesures définitives, nous retrouverons ce procédé d'exécution, en tous points semblable à la régie provisoire. C'est là que nous étudierons avec quelques détails, son fonctionnement.

Notons toutefois, dès maintenant, que la nomination d'un régisseur n'est pas indispensable pour la validité de la régie (16 janvier 1874, Gauthier, *Rec.*, p. 62).

* * *

j) *Cas dans lesquels il n'y a pas de mise en régie provisoire.*

Dans plusieurs arrêts, le Conseil d'Etat a décidé que l'Administration pouvait, directement après l'arrêté de mise en demeure et sans préliminaire de mise en régie provisoire, prononcer soit la résiliation de l'entreprise (31 décembre 1878, Cravio c/ Ville de Toulon, p. 1141) soit une nouvelle adjudication à la folle enchère de l'entrepreneur (15 juin 1841, Bau, 245 ; 31 décembre 1878, Cravio c/ Ville de Toulon 1141 ; 3 mars 1873, Allard p. 215).

Cela ne devient impossible que si l'arrêté de mise en demeure prévoit une régie au moins provisoire (25 juillet 1873, Noël 696 ; 24 décembre 1901, Rey c/ Département du Puy-de-Dôme, p. 911).

Cette solution, certainement acquise en jurisprudence, apparaît comme d'une régularité douteuse.

Le pouvoir qu'a l'Administration de résilier le marché ou d'ordonner une réadjudication à la folle enchère est un pouvoir exceptionnel. De droit commun, un contractant ne le possède pas. Ainsi, l'interprétation normale devrait être restrictive et conduire à imposer à l'Administration le respect strict de la procédure contractuelle.

C'est pourtant l'interprétation large qui a triomphé. L'arrêt Cravio justifie ainsi sa décision :

« D'une part, aux termes de l'art. 35 du Cahier des Clauses
« et Conditions Générales, et par application des art. 1144
« et 1184 du Code civil, il appartient à l'Administration,
« après que l'entrepreneur a été régulièrement constitué
« en demeure, soit d'ordonner l'établissement d'une régie
« à ses frais, soit de prononcer la résiliation et d'ordonner
« la réadjudication sur folle enchère de l'entreprise ; aucune

« disposition du Cahier des Clauses et Conditions
• n'exige, pour que la résiliation puisse être prononcée,
« qu'une régie ait été préalablement organisée, et l'arrêté
« qui a mis le sieur Cravio en demeure d'exécuter les clauses
« de son marché n'annonçait pas l'établissement préalable
« d'une régie dans le cas où il n'obtempérerait pas à cet
« arrêté ».

Ces motifs sont surtout faits d'affirmation.

L'arrêt, on l'a vu, s'appuie à la fois sur l'art. 35 des Clauses et Conditions Générales et sur le Code civil.

L'art. 35 nous paraît, dans tous les Cahiers, distinguer nettement 3 phases de la procédure, la mise en demeure, la mise en régie et la mesure définitive. On ne saurait supprimer un de ces stades, car cette procédure est contractuelle et forme un tout complet et indivisible.

En outre, dans l'hypothèse d'une régie, tant provisoire que définitive, l'entrepreneur conserve le droit d'obtenir une remise gracieuse, sous certaines conditions. Nous verrons plus loin que le Conseil d'Etat a considéré comme irrégulière une régie où l'Administration s'était liée à son régisseur, d'une façon qui revenait à priver l'entrepreneur du bénéfice éventuel de cette remise (30 juin 1899, Ville de Toulouse, *Rec.* p. 484).

Autoriser l'Administration à prononcer immédiatement la résiliation ou la réadjudication, c'est encore priver l'entrepreneur de la possibilité d'obtenir sa réhabilitation et il y a entre l'arrêt Cravio et l'arrêt du 30 juin 1899, une certaine contradiction.

Applique-t-on les principes du Code civil, le droit commun ne peut justifier la solution de l'arrêt Cravio. En effet, le Code civil exige toujours une intervention de justice qui, en matière de mise en régie unilatérale, n'existe pas.

En réalité, les arrêts paraissent surtout inspirés par cette considération de fait que, si l'on doit finalement arriver à une résiliation ou une réadjudication à la folle enchère, le préliminaire de régie apparaît comme inutile et onéreux.

Il n'est établi qu'au profit de l'Administration, à laquelle il permet de prendre immédiatement une mesure provisoire et d'avancer quelque peu les travaux, en attendant qu'une décision définitive puisse être prise sur le sort du marché. Si elle entend renoncer à cette faculté, il serait évidemment très strict de le lui refuser.

CHAPITRE III

LES MESURES DÉFINITIVES

PLAN. — Nous avons vu que la régie provisoire n'est destinée qu'à éviter l'abandon des chantiers pendant le temps nécessaire à l'Administration pour étudier la situation et décider le mode d'achèvement des travaux qui lui paraît le plus convenable. Nous savons en outre que l'Administration peut choisir entre plusieurs mesures.

Il y a donc lieu d'étudier les conditions dans lesquelles l'Administration peut exercer son droit (qui choisit ? — Le choix fait est-il irrévocable ?). Ensuite, les diverses mesures définitives.

Le chapitre comprendra donc quatre sections :

- I. Généralités,
- II. La mise en régie,
- III. La résiliation.
- IV. La réadjudication à la folle enchère.

Section Première

Généralités

a) *Autorités compétentes pour choisir la mesure définitive qui sera appliquée.*

Le choix du mode d'achèvement des travaux est une prérogative exclusive de l'Administration. Tous les Cahiers sont formels sur ce point. Ce principe se justifie d'ailleurs aisément, car ce sont uniquement des considérations pratiques, telles que la nature des travaux et la gravité des fautes de l'entrepreneur, qui doivent guider l'Administration.

L'entrepreneur n'a aucun moyen d'imposer la solution qu'il préfère. Par exemple, il ne peut mettre en demeure l'Administration de prononcer la résiliation ni s'adresser dans ce but aux tribunaux administratifs, sauf bien entendu, quand il a par ailleurs droit à la résiliation par le jeu de quelque disposition du marché (Clauses et Conditions Générales, devis, etc...).

La décision de l'Administration n'a même pas à être motivée (27 octobre 1837, Barbe Roche et Lebon, *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, t. IV, p. 628 ; 3 février 1888, Prévost c / Ville de Vannes 123).

Dans ces deux arrêts, l'Administration avait ordonné une réadjudication à la folle enchère.

Le principe du libre choix de l'Administration a été considéré par certains comme un nouvel argument à l'appui de l'opinion d'après laquelle l'Administration aurait le droit de prononcer une mesure définitive dès l'expiration

du délai imparti par l'arrêté de mise en demeure et sans passer par la phase préliminaire de la mise en régie provisoire.

Nous avons déjà discuté cette opinion et nous ne pensons pas que le principe du libre choix soit suffisant pour la justifier. En effet, l'Administration doit exercer son choix dans le cadre des Cahiers et de la procédure qu'ils instituent. Cette procédure comprend trois phases bien distinctes et elle doit être strictement respectée du fait même que l'Administration exerce là une prérogative exorbitante du droit commun.

Il reste à déterminer, parmi les diverses autorités administratives, celle qui a qualité pour choisir la mesure définitive qui sera appliquée. Il convient ici de consulter tous les Cahiers.

Leur tendance générale est de donner compétence à une autorité de rang supérieur à celle qui a pris l'arrêté de mise en demeure et prononcé la déchéance.

Le Cahier des Ponts et Chaussées, ceux de la Marine et des Constructions militaires, donnent compétence au Ministre ; le Cahier des Chemins vicinaux et celui de la Ville de Paris conservent la compétence du Préfet et cela s'explique aisément, puisqu'il s'agit de travaux locaux.

* * *

b) *Les diverses mesures parmi lesquelles l'Administration peut exercer son choix.*

Le Cahier des Ponts et Chaussées permet au Ministre « selon les circonstances » soit d'ordonner une nouvelle adjudication à la folle enchère de l'entrepreneur, soit de prononcer la résiliation pure et simple du marché ou la conti-

nuation de la régie à titre définitif. Le Cahier des Constructions militaires prévoit « une nouvelle adjudication aux risques et périls de l'entrepreneur », la résiliation pure et simple du marché, la continuation de la régie. Le Ministre de la Marine peut prescrire le maintien de la régie, la résiliation du marché avec saisie partielle ou totale du cautionnement ou une nouvelle adjudication aux frais et risques de l'entrepreneur. En matière de chemins vicinaux, le Préfet peut ordonner une nouvelle adjudication à la folle enchère de l'entrepreneur ou prononcer la résiliation pure et simple du marché. A défaut de décision, les travaux continuent en régie. A Paris, en principe, les travaux continuent à être exécutés en régie, mais à un moment quelconque, le Préfet de la Seine peut ordonner une réadjudication, ou prononcer la résiliation pure et simple du marché.

Malgré l'apparente diversité des termes employés, la situation est toujours la même et l'Administration a une triple option.

La réadjudication à la folle enchère apparaît sous des noms divers, mais c'est exactement la même mesure que l'on retrouve dans tous les Cahiers.

La résiliation du marché est en général pure et simple. le Cahier du Ministre de la Marine l'assortit d'une confiscation partielle ou totale du cautionnement.

La mise en régie définitive apparaît comme une confirmation par le Ministre de la régie provisoire qui a déjà été instituée. Le silence du Ministre entraîne la terminaison des travaux sous le régime de la régie provisoire. Cette façon de faire ne présente aucun inconvénient pratique et doit être considérée comme régulière en droit. Le Cahier des Chemins vicinaux et celui de la Ville de Paris, qui donnent au Préfet le droit d'ordonner la mesure définitive, posent

en principe que la régie provisoire n'a pas à être confirmée si l'Administration désire terminer les travaux en régie.

* * *

c) *Généralité et irrévocabilité du choix.*

Nous avons vu que l'Administration est absolument libre de prendre la décision qui lui convient. Elle est également libre de se décider quand il lui plaît. Aucun délai ne lui est imposé.

Tant qu'elle conserve le régime de la régie provisoire, et elle peut le faire jusqu'à la fin des travaux, l'Administration reste libre, à tout moment, soit de confirmer cette régie à titre définitif, soit de prononcer la résiliation, ou d'ordonner une réadjudication à la folle enchère.

Au contraire, dès qu'elle a pris une décision définitive, l'Administration est liée par cette décision. Son choix est considéré comme irrévocable. (27 octobre 1837, Roche et Lebon, *Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat*, t. VI, p. 828 ; 25 juillet 1873, Noël, p. 696).

En outre, l'Administration doit appliquer la mesure définitive qu'elle choisit, à l'ensemble de l'entreprise. Ce principe de généralité a été souvent affirmé par la jurisprudence.

Ainsi, dans l'arrêt Rodies (18 mars 1904, M. des T. P. c / Rodies, p. 242), il s'agissait d'une entreprise dont partie avait été terminée en régie et une réadjudication avait été ordonnée, pour le surplus. Cette réadjudication n'avait été ailleurs pas été réalisée. Le Conseil d'Etat a considéré que le marché avait été résilié purement et simplement (Cf. aussi 27 octobre 1837, p. 475 ; 25 juillet 1873, Noël p. 696). Dans cette dernière espèce, une résiliation et une réadjudication avaient été ordonnées à la fois, pour la

même entreprise, sans d'ailleurs qu'il y eût eu de mise en régie préalable.

Le principe de généralité se justifie fort bien. Les motifs sont ceux que nous avons donnés à l'appui de l'interdiction d'une régie partielle. Les divers prix de la série ne sont pas également favorables. Il y aurait injustice à priver l'entrepreneur des travaux les mieux payés et à n'exécuter que les autres à ses frais. En outre, la conduite d'une entreprise sous deux régimes différents est pratiquement difficile et par suite plus onéreuse.

Section II

La mise en régie

PRELIMINAIRES ET PLAN. — Nous envisagerons successivement dans la présente section et dans les deux sections suivantes, la mise en régie, la résiliation pure et simple et la réadjudication à la folle enchère.

Il convient de remarquer que chacune de ces trois institutions a, en dehors du rôle de mesure coercitive qu'elle joue dans le cadre de l'art. 35, une existence propre.

La résiliation peut être prononcée en cas de hausse des prix (art. 33), d'augmentation ou de diminution dans la masse des travaux, etc...

La réadjudication à la folle enchère peut intervenir en cas de sous-traité non autorisé.

La régie, enfin, est en elle-même un mode d'exécution des travaux publics, auquel les administrations ont recours quand elles ne veulent pas faire appel à un entrepreneur.

Il ne saurait donc être question ici d'étudier ces institutions dans tous les détails de leur fonctionnement. Nous nous contenterons, pour chacune d'elles, de rappeler ses traits les plus essentiels et de préciser ses caractères particuliers quand elle joue le rôle de mesure coercitive.

C'est dans cet esprit que nous allons étudier la mise en régie, à propos de laquelle nous envisagerons successivement :

- a) Sa définition,
- b) Son fonctionnement,
- c) La fin de la régie.
- d) Le compte de régie.

* * *

a) *Définition de la mise en régie. Le régisseur.*

La mise en régie est une mesure coercitive par laquelle, bien que la marche subsiste, l'activité de l'Administration représentée par un régisseur est substituée à l'activité de l'entrepreneur défaillant.

En outre, l'entrepreneur est privé du bénéfice que peuvent laisser les travaux exécutés sous ce régime.

L'Administration exécute les travaux. C'est elle qui prend la place de l'entrepreneur. Le régisseur n'est qu'un préposé de l'Administration. Il n'est pas titulaire d'un marché de travaux publics et tenu de livrer un travail donné. Il loue des services à l'Administration et doit seulement fournir certaines prestations convenues.

Aucun lien de droit n'existe entre l'entrepreneur et le régisseur. Si ce dernier commet une faute, c'est l'Administration qui en sera responsable vis-à-vis de l'entrepreneur.

Le principe comporte plusieurs conséquences :

D'abord l'Administration choisit librement son régisseur.

L'entrepreneur n'intervient pas dans sa nomination et ne peut la critiquer.

L'Administration, responsable de son régisseur, peut exiger de lui le dépôt d'un cautionnement. Mais ce cautionnement n'est constitué que dans l'intérêt de l'Administration. Donc elle seule peut le demander et l'entrepreneur n'a pas d'action dans ce sens.

Ces principes étaient déjà affirmés en 1837 dans le rapport au Ministre : « L'Administration doit prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'il n'y ait point dilapidation des deniers de l'entrepreneur ».

Elle pourra exiger le dépôt d'un cautionnement, puisqu'elle se constitue responsable pour les cas d'infidélité du régisseur et qu'il importe qu'elle puisse exercer un recours utile.

Le développement est toujours exact — on l'a vu confirmer par divers arrêts du Conseil d'Etat — (13 mai 1898, Cayron, Pontig et Gris c/ Département de l'Aveyron, p. 387 ; 10 février 1905, Bussot p. 154).

Si l'Administration nomme le régisseur qu'elle entend, elle ne peut pourtant l'installer tant que l'entrepreneur est à la tête de son chantier. Il faut d'abord une mise en régie régulière (1^{er} décembre 1899, Collignon 696). Le Conseil d'Etat réserve cependant le cas d'urgence (13 juin 1829 Percepied et Millet, *Rec.* p. 750). Il est possible à l'Administration, avant que la régie soit prononcée, de faire exécuter par un régisseur des travaux particulièrement urgents ; mais l'Administration, dans ce cas, n'aura pas de recours contre l'entrepreneur défaillant.

Le régisseur n'a pas de lien de droit avec l'entrepreneur ; sa nomination est pourtant une conséquence nécessaire de la défaillance de l'entrepreneur. Dès lors, il est juste que l'en-

trepreneur supporte les frais que l'Administration expose pour rétribuer le régisseur. En fait, le Conseil d'Etat admet que le salaire du régisseur soit porté sur le compte de régie.

Le régisseur peut être rétribué, soit par un salaire fixe, soit par un pourcentage sur le montant des travaux qu'il dirige.

L'Administration peut ne pas nommer de régisseur et faire diriger les travaux par ses propres agents (16 janvier 1874, Gauthier p. 62).

Si cela lui convient, l'Administration peut choisir l'entrepreneur lui-même. Elle peut également le prendre pour tâcheron. Mais il faut que l'entrepreneur accepte ces fonctions qui ne sont nullement obligatoires pour lui (13 décembre 1889, Ville de Toulouse c / Rossignol, *Rec.* p. 1167.

* * *

b) *Fonctionnement de la régie.*

Nous examinerons dans ce paragraphe. les droits et les devoirs du régisseur et de l'entrepreneur au cours de la régie.

Ceux-ci découlent naturellement de ce que la régie ne tend qu'à l'exécution du marché primitif. D'autre part, l'entrepreneur en supportera les frais.

Le régisseur doit donc conduire les travaux de la façon la plus économique possible et permettre à l'entrepreneur de surveiller ses propres intérêts.

L'entrepreneur conserve tous les droits qu'il tirait de son marché, sauf celui de diriger les travaux. Il peut surveiller ceux-ci et critiquer l'inscription au compte de régie des dépenses faites inutilement. Il a le devoir de ne pas gêner le fonctionnement de la régie.

Nous donnons ci-après quelques applications concrètes des principes qui précèdent :

Le régisseur conduit les travaux comme il l'entend, mais sous le contrôle des ingénieurs dont il est le subordonné. Il a autorité sur le personnel, garde celui qui lui convient, engage, licencie des agents et des ouvriers, utilise le matériel existant, acquiert le matériel complémentaire, passe tous marchés de fournitures.

Ses pouvoirs sont, on le voit, des plus étendus, Ils peuvent être limités par les termes du mandat dont l'Administration l'investit. Le rapport au Ministre de 1817 précisait que les conditions de la régie seraient déterminées par un arrêté, que le régisseur devrait déposer un cautionnement et qu'il serait investi dans des termes tels qu'il ne puisse passer aucun marché, faire aucune dépense, sans l'approbation formelle de l'ingénieur, « de façon à ce que chaque dépense soit bien justifiée et puisse être vérifiée chaque fois que cela sera nécessaire ».

Cela reste la règle à suivre par l'Administration, mais aucun texte précis ne la lui impose.

Bien entendu, l'entrepreneur n'a pas à intervenir dans la rédaction des pouvoirs donnés au régisseur et ne peut les critiquer. Il ne pourra que demander à ne pas supporter les conséquences des erreurs du régisseur.

Le régisseur doit respecter et exécuter les contrats en cours qui ont été passés par l'entrepreneur (Aucoc, t. II, n° 672). Cela était déjà exprimé par le rapport au Ministre de 1817 : il faut « que les marchés passés par l'entrepreneur soient maintenus lorsque les parties avec lesquelles il a contracté, offrent des garanties suffisantes pour l'exactitude de l'exécution ».

Au cours même du fonctionnement de la régie, l'entre-

preneur, qui a le droit de suivre les opérations, doit avoir connaissance de toutes les dépenses que l'on projette d'engager. Il peut donner son avis sur l'opportunité de ces dépenses et il a la faculté de présenter des fournisseurs, sous-traitants et ouvriers auxquels le régisseur devra réserver la préférence, si l'ingénieur les juge admissibles et s'il n'a pas encore été pris avec d'autres, d'engagements définitifs (Rapport au Ministre de 1817).

D'une façon générale, l'entrepreneur pourra critiquer toute opération qu'il juge incorrecte. S'il n'en obtient le redressement, il pourra réclamer. Ses réclamations devront être, sous peine de déchéance, formulées dans les délais fixés par les Cahiers.

Si l'entrepreneur n'use pas de son droit de suivre les opérations de la régie, il lui est interdit de les critiquer (31 juillet 1903. Commune d'Aïn-Tagrout, p. 601).

Si l'entrepreneur peut suivre, surveiller et critiquer les opérations de la régie, il n'a pas le droit de faire obstacle à son fonctionnement normal. Les textes portent d'ailleurs qu'il ne peut « entraver l'exécution des ordres des ingénieurs ». Il a perdu le pouvoir de diriger le chantier et, s'il doit être exempté des frais injustifiés de manœuvres, d'installations, il lui est interdit de s'opposer à leur réalisation.

Si l'entrepreneur tentait de troubler le cours de la régie, l'Administration pourrait le poursuivre devant la juridiction répressive, en vertu de l'art. 230 du Code pénal qui sanctionne les violences et voies de fait contre les citoyens chargés d'un service public. Il est certain que le régisseur rentre dans le cadre de cette définition.

*
* *

c) *La fin de la régie.*

Normalement, la régie prend fin à l'expiration du marché, c'est-à-dire :

— soit quand les travaux sont terminés et reçus définitivement,

— soit à la date de la résiliation du marché. Il est, en effet très important de noter que la mise en régie prive l'entrepreneur de la direction du travail, mais lui conserve tous les autres droits qu'il tenait de son contrat. Notamment le droit d'obtenir la résiliation du marché dans les cas prévus, soit par le Cahier des Clauses et Conditions Générales (hausse des prix, art. 33, augmentation ou diminution dans la masse des travaux, etc...), (19 décembre 1879, Chazotte c / Commune de Cambouret, p. 834).

La régie peut également prendre fin par remise gracieuse.

Celle-ci est prévue par les Cahiers qui laissent ainsi une porte ouverte à l'indulgence de l'Administration et une prime à la bonne volonté de l'entrepreneur, qui peut être relevé de la régie s'il justifie qu'il est en possession des moyens nécessaires pour reprendre les travaux et les mener à bonne fin.

La plupart des Cahiers se contentent de cette condition. Le Cahier de la Marine exige de plus que l'entrepreneur accepte la responsabilité des ouvrages exécutés en régie. C'est là une disposition rigoureuse et peu équitable, un véritable piège tendu à l'entrepreneur, que l'on convie à endosser la responsabilité de malfaçons dans lesquelles il n'a eu aucune part.

L'entrepreneur doit, nous l'avons vu, démontrer qu'il possède les moyens suffisants pour reprendre ses travaux

et les mener à bonne fin. Comment fera-t-il cette preuve ?

Ici encore, l'Administration a un pouvoir d'appréciation unilatéral et souverain. C'est toujours le système de l'art. 35.

L'entrepreneur à qui la remise gracieuse serait injustement refusée, ne pourrait que réclamer une réparation pécuniaire des conséquences de ce refus.

Mais l'Administration est tenue de réserver la possibilité de remise gracieuse et le Conseil d'Etat a considéré comme irrégulière une régie dans laquelle le contrat intervenu entre le régisseur et l'Etat ne comportait aucune clause permettant à l'Administration de se dégager (30 juin 1899, Ville de Toulouse, *Rec.* p. 484).

* * *

d) *Le compte de régie*¹

Au cours du fonctionnement de la régie, il n'est pas établi de situation mensuelle. En effet, l'entrepreneur n'a pas de paiements à recevoir. Mais les carnets d'attachements sont tenus à jour et les métrés des ouvrages sont faits.

A la fin de la régie, l'Administration établit le compte de régie. C'est une balance sur laquelle sont portés, au crédit, les prix des ouvrages, calculés selon la série de prix de l'entrepreneur. Au débit, toutes les dépenses de la régie.

Si le solde est positif, l'Administration le conserve, l'entrepreneur déchu ne devant pas recevoir de bénéfice.

Si le solde est négatif, l'entrepreneur en est redevable à l'Administration.

Le compte de régie est notifié à l'entrepreneur, comme s'il s'agissait du décompte définitif d'une entreprise nor-

1. Jurisprudence : 17 mai 1895, Sabourin, p. 428 ; 24 mai 1895, Allary, p. 455 ; 13 novembre 1896, ville de Nice, p. 721 ; 24 mai 1901, Amay, p. 516 ; 31 juillet 1903, commune d'Aïn-Tagrout, p. 601.

malement terminée. Cette notification a les mêmes effets que celle d'un décompte définitif ordinaire. Notamment, l'entrepreneur doit présenter ses réclamations dans un délai de trente jours, sous peine de forclusion.

A l'appui de ce compte, l'Administration doit présenter la justification de toutes les dépenses inscrites (Barry, p. 228 ; 19 mai 1882, Loiselot c / Commune de Poinson-les-Fays).

Ainsi l'entrepreneur pourra faire rayer les dépenses qui ne sauraient être mises à sa charge.

Il sera exonéré des avaries, pertes, détériorations anormales provenant d'une faute du régisseur ou de ses préposés (31 août 1837, Département des Deux-Sèvres c / Créanciers Rivaud Gaillard, p. 451 ; Roche et Lebon, *Rec. des Arrêts du Conseil d'Etat*, t. VI, p. 622 ; 18 janvier 1845, Richard 21 ; 12 janvier 1877, Guernet c / Département des Landes, p. 57 ; 13 avril 1883, Saignes c / Département du Tarn-et-Garonne 344 ; 11 mai 1883, Héritiers Escarraguel c / Ville de Paris, 455).

Par contre, il ne peut être indemnisé de l'usure normale de son matériel (13 novembre 1896, Ville de Nice p. 720).

La régie ne doit pas être onéreuse par elle-même (24 mai 1901, Auray, p. 516). L'entrepreneur doit supporter les frais de rétribution du régisseur, mais n'a pas à intervenir dans les traitements des ingénieurs et des agents de surveillance (19 décembre 1879, Chazotte c / Commune de Cambouret, p. 834).

Il ne peut réclamer le remboursement de ses propres frais de surveillance (10 mai 1889, Hermann et C^{ie} c / Ville de Rochefort, p. 576).

L'entrepreneur doit payer les frais d'entretien des ou-

vrages jusqu'à leur réception (13 décembre 1889, Ville de Toulouse c / Rossignol, p. 1167).

Il peut faire écarter les dépenses étrangères à l'entreprise, celles qui ont été entraînées par des erreurs dans la gestion du régisseur (31 août 1837, Département des Deux Sèvres c / Créanciers Rivaud Gaillard, Roche et Lebon, t. VI *Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat*, p. 622).

Section III

La résiliation

C'est la mesure la plus simple que puisse prendre l'Administration. Aussitôt le contrat qui la lie à l'entrepreneur est rompu et n'a plus d'effet.

La situation est immédiatement liquidée. Les travaux faits sont payés au prix de la série. Les formalités de réception ont lieu. Le matériel peut, facultativement, être repris par l'Administration.

En principe, aucune indemnité n'est due par l'entrepreneur à l'Administration. La résiliation est pure et simple. Le cautionnement est restitué à l'entrepreneur comme si les travaux étaient achevés. Il n'en va autrement que si le marché contient une stipulation contraire. C'est ainsi que le Cahier des Clauses et Conditions Générales de la Marine permet au Ministre de prononcer en même temps que la résiliation, une saisie totale ou partielle du cautionnement. Les autres Administrations pourraient introduire dans les pièces spéciales de leurs marchés des stipulations de ce genre, mais, en pratique, elles ne le font pas.

Quelle est la nature de cette saisie du cautionnement ?

Il semble bien qu'il s'agit, non d'une saisie conservatoire, mais d'une saisie exécutoire et que l'Administration devient propriétaire du cautionnement. Cette pratique peut donner lieu à des abus, puisque le Ministre est seul juge, tant du bien fondé de la saisie que de la somme qu'il convient de confisquer pour réparer le préjudice subi par l'Etat.

Pourtant, on doit interpréter le texte comme instituant une saisie exécutoire. En effet, une saisie conservatoire n'aurait pas de sens, puisque le cautionnement est, de plein droit, par son essence même, destiné à garantir l'Administration : une saisie conservatoire n'aurait aucune utilité.

Nous voyons maintenant les caractères de la résiliation. Elle est, dans la majorité des cas, pure et simple. Elle témoigne du désir de l'Administration de cesser immédiatement tout rapport avec un entrepreneur qui s'est montré insuffisant, sans qu'il y ait lieu de l'accabler en mettant à son compte les frais de la régie ou ceux de l'adjudication à la folle enchère.

Dans le seul Cahier de la Marine, elle est assortie d'une pénalité. Encore, cette pénalité est-elle limitée au cautionnement, qui est toujours d'un montant peu élevé si on le compare au chiffre des travaux et aux possibilités de pertes qu'ils comportent.

La résiliation est donc très favorable à l'entrepreneur, qu'elle dispense des conséquences onéreuses de sa défaillance ou dont elle limite la pénalisation.

Elle est principalement employée dans les cas où le droit de l'Administration est douteux, car les fautes de l'entrepreneur ne sont pas très graves, ou s'il a des chefs de réclamation qui pourraient, au besoin, être accueillis par les tribunaux. La résiliation pure et simple est souvent l'effet d'une transaction.

Elle est également ordonnée parfois, quand l'entrepreneur paraît se trouver dans l'un des cas contractuels de la résiliation ou quand l'Administration n'entend pas persister dans l'édification d'ouvrages qui apparaissent comme très difficiles et onéreux.

Section IV

La réadjudication à la folle enchère

PLAN. — Nous étudierons successivement :

- a) la définition de la réadjudication,
- b) la nécessité de l'identité des deux adjudications,
- c) les conséquences de la réadjudication.

*
* *

a) *Définition* :

Nous avons déjà fait allusion à cette mesure, et vu que, bien que les divers Cahiers la prévoient sous des noms différents (réadjudication à la folle enchère, aux risques et périls de l'entrepreneur), elle reste toujours identique à elle-même.

La réadjudication à la folle enchère consiste, quand un entrepreneur a été déchu, à confier l'exécution de son marché à un second entrepreneur. Si ce nouvel entrepreneur demande des prix moins avantageux que ceux qui avaient été acceptés par le premier, ce dernier devra rembourser à l'administration la différence. Si au contraire, les nouveaux prix sont inférieurs aux anciens, la différence profite à la seule Administration.

Par ailleurs, aucun Cahier ne précise les formes et les conditions de sa mise en œuvre. Aussi se réfère-t-on à l'art. 735 du Code de Procédure civile, relatif à la folle enchère, en matière de saisie immobilière. Cet texte n'est pas, à vrai dire, obligatoire pour l'Administration, mais est à considérer comme précisant le cadre général dans lequel elle doit agir.

* * *

b) *Identité des deux adjudications.*

Afin que la dette de l'entrepreneur soit exactement chiffrée, il faut, bien entendu, que les deux adjudications successives soient entièrement comparables. Pour cela, il faut une indemnité complète de leurs conditions, tant de forme que de fond (18 novembre 1904, Mortier c / Ministre des Travaux Publics, p. 726).

Ce principe ne fait aucun doute, en lui-même. Mais on peut hésiter sur certaines de ses applications.

Ainsi, la question s'est posée de savoir si l'Administration peut exiger un cautionnement du second adjudicataire, alors que, pour le premier, elle n'en avait pas demandé ou s'était contentée d'une simple promesse de cautionnement. Cette difficulté a été soumise au Conseil d'Etat dans l'affaire Pechwerty (31 mai, Pechwerty 1889 c / Ministre des Travaux Publics, p. 687).

Le Commissaire du Gouvernement, M. Margerie avait estimé qu'il y avait là une différence suffisamment sensible entre les deux adjudications pour que l'on dût considérer que le principe de l'identité n'avait pas été respecté par l'Administration. Pour M. Margerie, la seconde adjudication n'était donc pas opposable au premier entrepreneur.

Mais le Conseil d'Etat a consacré la solution contraire. Il s'est fondé, pour cela, sur l'art. 4 des *Clauses et Conditions Générales*, qui laisse au bureau d'adjudication le soin de fixer le cautionnement qui devra être fourni par l'entrepreneur. (Cf. Guernet c / Département des Landes, 12 janvier 1877, p. 57).

Il ne semble pas que le raisonnement du Conseil d'Etat soit décisif. Il y a en effet une différence considérable entre un cautionnement effectif et une simple promesse de cautionnement. Le premier est onéreux, la seconde ne l'est pas. Donc, on obtiendra des conditions plus avantageuses si l'on se contente d'une promesse, et dans l'affaire *Pechwerty*, la nouvelle exigence de l'Administration était de nature à modifier, dans un sens défavorable à l'entrepreneur, les résultats de la deuxième adjudication.

Les travaux qui font l'objet des deux adjudications successives doivent, bien entendu être les mêmes. Mais on peut se demander si, entre les deux adjudications, l'Administration ne peut pas faire varier la masse des travaux, en plus ou en moins, et jusqu'à concurrence de un sixième puisque le premier entrepreneur était tenu de supporter cette variation.

La question a été tranchée par l'arrêt *Nepvauët* (20 janvier 1856, *Nepvauët*, p. 52), mais l'espèce était un peu particulière, car l'entrepreneur, lors de sa déchéance, avait déjà commencé à exécuter les travaux supplémentaires. Bien entendu, le Conseil d'Etat a jugé que le surplus de ces travaux avait été valablement réadjudgé. Même si le nouveau *Cahier des Charges* n'y avait pas fait allusion, le second adjudicataire aurait connu ces travaux et en aurait tenu compte dans l'établissement de ses propositions. Du reste, on peut très bien imaginer qu'au moment de la

déchéance, il ne reste plus à exécuter que des travaux qui n'avaient pas été expressément compris dans la première adjudication. Ces travaux n'en doivent pas moins être réadjudugés.

La solution de l'arrêt *Nepvauët* est généralement approuvée. Mais, dans le cas où les travaux complémentaires n'ont pas encore été commencés, ou quand l'entrepreneur n'a pas reçu l'ordre de les exécuter lors de sa déchéance, on considère souvent que les pièces de la nouvelle adjudication ne peuvent pas les prévoir expressément. Le principe de l'identité des deux adjudications exige que ces nouvelles pièces ne soient que la reproduction des premières.

On ajoute d'ailleurs que le changement d'entrepreneur ne doit priver l'Administration d'aucun de ses droits et qu'elle pourra fort bien, au cours des travaux, imposer au second entrepreneur les travaux supplémentaires qu'elle désirera, pourvu qu'elle respecte la limite du sixième.

C'est oublier que le premier entrepreneur a, dans l'immense majorité des cas, exécuté une partie des travaux. Si l'Administration ne peut mettre en adjudication que ce qui reste à exécuter de ses prévisions primitives, elle ne pourra faire varier les quantités du deuxième marché que d'une quantité moindre que celle à laquelle elle avait droit.

Il est vrai que, réciproquement, si l'on permettait à l'Administration d'indiquer dans la seconde adjudication, plus de travaux que n'en comportait expressément la première, elle pourrait acquérir ainsi, dans certains cas, un droit de variation plus ample que précédemment.

Donc, la véritable solution paraît être celle-ci :

L'Administration ne peut réadjuger que les travaux expressément adjudugés une première fois. Mais elle a le droit

de se réserver une marge de variation en plus ou en moins, égale au sixième des prévisions primitives.

Exemple. — Le premier entrepreneur avait soumissionné un travail de douze millions de francs. Il en a exécuté quatre. L'Administration pourra adjuger huit millions de francs, en se réservant de faire varier ce montant jusqu'à concurrence de deux millions.

Un autre problème intéressant et sur lequel il n'y a pas de jurisprudence, se pose à l'occasion des marchés de gré à gré.

Ces marchés sont actuellement très fréquents.

Parfois ils sont passés à l'occasion d'un travail très spécial et surtout avec des entrepreneurs qui disposent de moyens d'exécution protégés par des brevets.

Plus souvent, le marché de gré à gré est passé après concours.

Dans ce cas, l'Administration ne fait plus, auprès des entrepreneurs, un simple appel d'offres de prix. Elle leur demande également d'établir les projets techniques de l'ouvrage qu'elle entend réaliser. L'entrepreneur se double d'un architecte.

Les divers concurrents établissent, comme ils l'entendent, un bordereau des prix et un détail estimatif et, si leurs propositions sont agréées, ces documents sont annexés tels quels et sans aucun rabais, au marché qui intervient.

Supposons qu'un entrepreneur, titulaire d'un pareil marché, soit mis en déchéance. Pourra-t-il être frappé de réadjudication ?

Il semble bien que non, si l'on applique strictement le principe de l'identité.

La première fois, il n'y a pas eu d'adjudication.

Si l'on donne au deuxième appel d'offres la forme d'une

adjudication, il y aura donc entre les deux opérations, une différence considérable, tant de forme que de fond.

D'autre part, il ne peut être question d'ouvrir un nouveau concours, puisque les concurrents seraient libres de proposer des solutions techniques différentes de celles qui avaient été adoptées, et qu'en définitive ce ne serait plus exactement les mêmes travaux qui seraient exécutés.

Toutefois, on peut soutenir que la deuxième objection seule heurte le principe d'identité dans son essence même, puisqu'elle porte au fond.

La première, au contraire, ne soulève qu'une difficulté de forme et l'on pourrait soutenir, que, puisqu'on se trouve en présence d'un bordereau de prix et d'un détail estimatif, la réadjudication pourrait être pratiquée sur ces documents, en dépit de la différence certaine de nature qui existe entre une mise au concours et une adjudication.

* * *

c) *Les conséquences de la réadjudication.*

Le Conseil d'Etat considère que le marché fol enchéri est résilié. Dans un considérant de l'arrêt Pechwerty (31 mars 1889, p. 687), d'ailleurs relatif à des difficultés pécuniaires que nous retrouverons, le Conseil d'Etat parle de la « liquidation qu'implique la résiliation du premier marché ».

Il faut en conclure que, à la différence de l'entrepreneur mis en régie, le fol enchéri perd tous les droits résultant de son marché, notamment celui d'obtenir la résiliation si un des cas contractuels venait à se réaliser.

Cette opinion du Conseil d'Etat doit être approuvée :

— d'une part, en matière civile, la première vente d'un

immeuble est annulée, au moment de la réadjudication sur folle enchère.

— d'autre part, l'entrepreneur fol enchéri cesse de courir les risques de son marché. Sa contribution est forfaitaire. Dès lors, les droits qu'il tirait de son marché, et qui avaient pour but de le garantir contre certains dangers, doivent lui être retirés.

Mais, comme dans la mise en régie, l'entrepreneur qui, par sa faute, a contraint l'Administration à prendre contre lui une mesure de rigueur, doit rembourser à l'Administration, l'excédent de dépense qui peut en résulter.

Par contre, il ne profitera pas des économies éventuelles.

Une difficulté assez grave a été soulevée, notamment dans l'affaire Pechwerty (31 mai 1889, Pechwerty c / Ministre des Travaux Publics, p. 689). C'est la question de savoir quelle est au moment de la réadjudication, la nature de la créance de l'Administration sur l'entrepreneur défaillant. Autrement dit, à quel moment la dette de l'entrepreneur fol enchéri est-elle exigible ?

Le Conseil d'Etat s'est encore séparé, sur ce point, de l'avis du Commissaire du Gouvernement, M. Margerie.

• Le Conseil d'Etat s'exprime ainsi :

« La liquidation qu'implique la résiliation du premier
« marché a pour base nécessaire le résultat de la nouvelle
« adjudication. Si elles s'opèrent à des prix moins favorables que
« la première, la différence entre les deux rabais fixe le mon-
« tant des sommes dont l'entrepreneur défaillant se trouve
« d'ores et déjà tenu envers l'Etat ; il suit de là que l'Etat
« peut valablement exiger le versement immédiat des
« dites sommes, sauf à l'Entrepreneur à faire valoir ulté-
« rieurement ses droits, dans le cas où il se croirait fondé à
« prétendre que, par suite de circonstances spéciales, telles

« que l'abandon des travaux, il se trouve dégagé de tout
« ou partie de ses obligations et à demander en conséquence
« le remboursement de tout ou partie des sommes versées
« pour la conservation des droits de l'Etat. De ce qui
« précède, il résulte que c'est à tort que le sieur Pechwerty
« demande l'annulation de l'arrêt par lequel le Conseil de
« Préfecture l'a condamné à verser au Trésor la différence
« entre les deux rabais d'adjudication de l'entreprise
« abandonnée par lui. »

Aux yeux du Conseil d'Etat, la situation est donc la suivante :

Le marché est résilié, comme nous l'avons vu plus haut.

L'Administration a, sur l'entreprise, une créance liquide et exigible, constituée par la différence entre les deux rabais. Elle peut, dès que la nouvelle adjudication est approuvée par le Ministre, prendre contre l'entrepreneur, un arrêté de débet.

Cette créance de l'Administration se compense d'ailleurs avec le cautionnement de l'entrepreneur et la valeur des installations laissées par lui (18 novembre 1904, Mortier c/ Ministre des Travaux Publics, 1^{re} espèce, p. 726).

Au cas où, en fin de compte, la masse des travaux exécutés serait inférieure aux quantités portées au détail estimatif, l'entrepreneur aurait une action en « répétition de l'indû ». contre l'Administration. On doit en conclure, par identité de motifs, que, en cas de dépassement des quantités prévues, l'Administration peut réclamer à l'entrepreneur une contribution complémentaire.

Il est à noter que, dans l'affaire Pechwerty, l'Administration avait soutenu un point de vue différent et l'avait d'ailleurs fait admettre par le Conseil de Préfecture.

D'après la thèse administrative, l'entrepreneur fol enchéri serait définitivement constitué débiteur de la différence entre le rabais de l'adjudication et le rabais de la réadjudication appliquée au montant du détail estimatif, au moment où le procès-verbal de réadjudication est approuvé par le Ministre. Cette doctrine est encore plus dure pour l'entrepreneur que celle de l'arrêt, puisqu'elle lui refuse toute action éventuelle en répétition de l'indu au cas où, en définitive, les travaux ne seraient pas exécutés. Par contre, il ne pourra rien lui être réclamé en cas de dépassement des prévisions du détail estimatif.

Ces deux théories se heurtent d'ailleurs aux objections très fortes de M. Margerie. Le Commissaire du Gouvernement faisait remarquer que ces deux systèmes sont contraires au but que poursuit l'Administration quand elle ordonne la réadjudication.

« En effet », faisait-il remarquer, « l'Administration ne « cherche pas à réaliser un bénéfice. Elle tend seulement à « éviter une perte. Si le rabais nouveau est inférieur au « premier, la liquidation de la dépense fera ressortir une « perte qui sera mise à la charge de l'entrepreneur. Il ne « s'agit pas d'une amende, il n'y a qu'un compte à régler : « ce sera le résultat de ce compte qui déterminera le chiffre « des dommages mis à la charge de l'entrepreneur.

D'autre part, ces deux systèmes heurtent l'esprit même du marché des Ponts et Chaussées : « Ce contrat rentre « dans le type des marchés à l'unité de mesure. Les quan- « tités portées au détail estimatif ne sont données qu'à « titre de renseignement et le système qui consiste à déter- « miner la dette de l'ancien entrepreneur d'après ce docu- « ment, tend à faire jouer au détail estimatif un rôle qu'il « n'a pas en réalité. Il n'est qu'une prévision de dépense,

« le montant des travaux est fixé par le décompte : le
« détail estimatif ne figure pas au nombre des pièces du
« marché. Ce n'est que quand il s'agit d'apprécier si les
« variations de dépenses dépassent, en plus ou en moins,
« la quotité prévue, qu'exceptionnellement, on recourt
« au détail estimatif. D'ailleurs, ce système peut être
« préjudiciable au maître de l'œuvre ».

Ces critiques paraissent absolument fondées. Au contraire, la solution défendue par l'Administration est souverainement injuste, car elle revient à créer une pénalisation sans fondement. Quant à la doctrine du Conseil d'Etat, plus équitable puisqu'en fin de compte, elle donne à chacun ce qui lui est dû, elle paraît contestable au point de vue juridique.

Il faut regretter que M. Margerie n'ait pas triomphé. Pour lui, la dette de l'entrepreneur est certaine dans son principe, dès qu'il est acquis, la réadjudication ayant eu lieu, que le nouveau rabais est inférieur à l'ancien. Mais le chiffre n'en peut être immédiatement fixé, car on manque d'éléments de calcul, puisqu'on ignore quels seront, en définitive, les ouvrages exécutés. « En conséquence, c'est » seulement après l'achèvement des travaux et la production du décompte de l'entreprise nouvelle, que le débet de l'entrepreneur peut être fixé. Jusque-là, l'Administration n'est pas fondée à prendre l'arrêté de débet contre « l'adjudicataire fol enchéri ».

Cependant, le Conseil d'Etat a persévéré dans sa jurisprudence de l'arrêt Pechwerty. Dans l'arrêt Tissier (29 juin 1900, faillite Tissier, p. 444), il a fait une application intéressante de sa doctrine au cas d'un entrepreneur qui avait été mis en faillite entre la réadjudication et la noti-

fication au nouvel adjudicataire, de son décompte définitif. Le Conseil d'Etat a jugé que les sommes retenues par l'Administration n'étaient pas tombées dans la masse, puisque Tissier était « in bonis » au moment de la réadjudication et que, dès cette date, la créance de l'Etat était liquide et exigible.

Une autre question que l'on peut se poser est celle de savoir si l'entrepreneur fol enchéri a, comme l'entrepreneur mis en régie, le droit de suivre les travaux.

Les cahiers ne le prévoient pas et il est bien certain que ce droit lui est infiniment moins utile qu'il ne l'était à l'entrepreneur frappé d'une mise en régie et qui continuait à supporter les hasards de l'entreprise. Pourtant le fol enchéri a intérêt à savoir si les travaux que l'on exécute sont bien ceux dont il a été déchu.

Il aura bien le contrôle du décompte définitif, mais ne doit-on lui permettre d'agir préventivement ?

Il semble que l'on ne peut guère lui attribuer un droit de contrôle, puisque ce droit n'est pas prévu par les textes. Mais il est certain qu'en cas de contestation, l'Administration serait en situation délicate s'il était démontré qu'elle a refusé à l'entrepreneur la possibilité de se renseigner lui-même.

PLAN. — Au cours du titre premier, nous avons vu l'Administration mettre en œuvre librement contre l'entrepreneur les sanctions qu'elle s'est réservées contractuellement dans l'art. 35 du Cahier des Clauses et Conditions Générales.

Dans quelle mesure l'entrepreneur aura-t-il à subir, en définitive, ces sanctions ? Quelles critiques peut-il formuler contre elles, pour s'y soustraire ? Quels recours lui sont ouverts, à quoi pourront-ils aboutir ? Telle est la matière de ce second titre.

Nous consacrerons trois chapitres à cette étude.

Dans un chapitre préliminaire, nous passerons en revue les recours possibles. Parmi les recours contentieux, qui sont les plus spécialement intéressants, nous verrons qu'en l'état actuel de la jurisprudence, il n'en existe qu'un seul, dont nous dégagerons les traits généraux. Nous attachant à ce seul recours de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui conduit en première instance devant le Conseil de Préfecture et en appel devant le Conseil d'Etat, nous déterminerons dans un premier chapitre, quelles critiques soit de forme, soit de fond, l'entrepreneur pourra faire valoir contre les décisions administratives. Dans un second chapitre, nous préciserons les conséquences de ce recours, en cas de succès.

Voici donc notre plan :

Chapitre préliminaire. — Quels sont les recours possibles et les actes de l'Administration pris dans le cadre de l'art. 35 ?

Chapitre premier. — Critiques de forme et critiques de fond.

Chapitre second. — Effets du recours.



DEUXIEME PARTIE

LES DROITS DE L'ENTREPRENEUR

CHAPITRE PRELIMINAIRE

QUELS SONT LES RECOURS POSSIBLES CONTRE LES DECISIONS ET LES ACTES DE L'ADMINISTRATION DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 35 ?

Section première

Recours non contentieux

Les recours non contentieux sont, en règle générale, ceux qui ne nécessitent pas une instance régulière devant une juridiction organisée. C'est la forme originaire et normale du recours administratif. Point n'est besoin d'un texte pour les fonder.

1^o *Recours gracieux.*

En appeler à l'autorité qui a pris la décision et lui demander de la rapporter, c'est l'objet du recours gracieux. Son avantage est d'être simple, rapide et très économique. Mais il n'aboutira que dans la mesure où l'auteur même de la décision attaquée, qui, par définition, est ici son propre juge, reconnaîtra son erreur et se montrera disposé à la réparer lui-même : c'est là l'inconvénient essentiel de ce recours. L'Entrepreneur fait connaître sa défense, mais cette garantie est très insuffisante car la décision nouvelle de l'autorité « mieux informée » est tout aussi unilatérale et arbitraire que la décision attaquée. Il ne faut pas oublier, en effet, que nous sommes ici en matière contractuelle et que l'Administration est, non pas la collaboratrice du par-

ticulier, mais son adversaire. Elle est beaucoup trop nettement juge et partie pour qu'il puisse attendre grand'chose de son arbitrage.

Une forme, pratiquement utile, mais déjà moins pure du recours gracieux, c'est la présentation d'observations écrites ou orales aux organes techniques de l'Administration, ingénieurs, architectes, conducteurs. Ce n'est pas exactement un recours gracieux, mais l'effet de la collaboration qui doit naturellement s'établir entre l'entrepreneur et les agents techniques qui le dirigent. L'entrepreneur s'attache plutôt à prévenir par de judicieuses observations une décision de l'autorité administrative (Maire, Préfet, Ministre) qui serait susceptible de lui faire grief. Mais il a été plusieurs fois précisé par le Conseil d'Etat que les accords qui interviennent ainsi entre le fonctionnaire technique et l'entrepreneur, n'ont aucune valeur juridique, s'ils n'ont pas été régulièrement approuvés par l'autorité administrative chargée de la direction des travaux (Maire, Préfet, Ministre, etc.. 15 juin 1841, Bau, 245). De même, il ne faut pas oublier que les agents techniques ne peuvent apporter de modifications aux travaux sans approbation de l'autorité supérieure (2 mai 1885, Vve Jolivald c / ville d'Epinal) et que les ordres donnés par eux ne sauraient équivaloir aux mesures que peuvent prendre seules les autorités désignées dans les Cahiers des Clauses et Conditions générales (un ordre de service de l'architecte ne vaut pas mise en demeure, 16 mars 1883, Oliveo Guidi, c / ville de Nice, 297).

Il faut cependant souligner ici l'intérêt qu'il y a, pour l'entrepreneur, à se faire donner acte des critiques qu'il émet contre les ordres de service, le retard dans la transmission de ces ordres, dans la remise des plans, devis, etc..

le retard à lui payer ses acomptes, à lui livrer les terrains ou les carrières, à lui faire obtenir une occupation temporaire ou une expropriation, en un mot toutes les fautes de l'Administration qui peuvent faire obstacle à l'exécution du travail suivant les prévisions du marché. C'est ainsi que l'Entrepreneur peut très utilement sauvegarder ses droits pendant l'exécution des travaux, soit directement, soit en régie ou après une réadjudication. Ces constatations sont d'autant plus indispensables que, sans elles, l'entrepreneur risque de se voir opposer la forclusion en raison de son silence (voir, *infra*, section II, § 1^{er}, al. b).

Mais à tout prendre, le principal intérêt pratique du recours gracieux n'existe pas en matière de travaux publics. D'ordinaire, en effet, le recours gracieux, comme d'ailleurs le recours hiérarchique, sert essentiellement, qu'il aboutisse à une décision explicite de rejet, ou que ce rejet résulte d'un silence de l'Administration, prolongé pendant au moins quatre mois, à ouvrir le recours pour excès de pouvoir. Or, nous verrons qu'en matière de contentieux des travaux publics, le Conseil d'Etat, par interprétation de la loi du 28 pluviôse, an VIII, écarte toute possibilité de recours pour excès de pouvoir. Le recours gracieux n'a donc pas, ici, cette utilité de provoquer un « acte administratif » contre lequel on puisse se pourvoir.

2^o Recours hiérarchique.

Le recours hiérarchique, qui est une seconde forme de recours non contentieux, est porté soit devant l'autorité administrative, supérieure immédiate de l'auteur de l'acte que l'on critique, soit directement devant le chef de service, Ministre dans les services généraux, Préfet dans les services départementaux, Maire dans les services municipaux. Ce

recours ne peut être intenté contre les décisions de mise en demeure ou en régie ou de résiliation, etc.. puisque ces décisions sont prises par le chef de service lui-même, à l'égard de qui, par définition, il ne peut y avoir de recours hiérarchique, à moins qu'il ne s'agisse de travaux entrepris par des autorités locales (Gaté c. Hospices de Fougères, 29 mars 1855, p. 246).

C'est seulement à l'égard des actes des fonctionnaires techniques, ingénieurs, architectes, qu'on peut envisager un équivalent du recours hiérarchique. L'entrepreneur demandera au chef de service d'annuler l'ordre du subordonné : mais il convient alors de répéter ici ce qui a été dit du recours gracieux. Nous sommes en matière contractuelle. L'autorité hiérarchiquement supérieure décidera à sa guise et surtout pourra se dispenser de décider, sans qu'on puisse trouver dans son silence prolongé quatre mois, une décision implicite de rejet, puisqu'un recours pour excès de pouvoir ne peut être intenté. L'utilité de ce recours hiérarchique se borne donc pour l'entrepreneur à faire connaître à l'administration ses griefs : mais il devra toujours attendre l'achèvement des travaux ou leur résiliation pour que ses droits puissent être sanctionnés pratiquement.

Un recours de nature hiérarchique qui serait très utile, mais qui, dans l'état actuel des choses, n'est pas ouvert à l'entrepreneur, serait un recours à l'autorité technique supérieure, c'est-à-dire à l'Inspecteur général des Ponts et Chaussées et même au Conseil général des Ponts et Chaussées. La plupart des différends entre l'Administration et ses entrepreneurs naissent à propos de détails techniques et sont grossis démesurément, faute d'une autorité impartiale pour les trancher. Le Maire, le Préfet ou le Ministre n'ont pas les connaissances nécessaires pour cela. L'intervention

des Inspecteurs généraux ou du Conseil général des Ponts serait autrement efficace. On ne peut que déplorer son absence dans le droit positif actuel.

Les dispositions d'un seul Cahier laissent une place plus importante au recours hiérarchique : ce sont celles du Cahier des Constructions militaires. Il y est, en effet, prévu que la mise en régie sera prononcée par le Directeur du Génie. Le recours hiérarchique est donc possible devant le Ministre de la Guerre qui reste, à n'en pas douter, le chef de service. C'est certainement là un avantage pour l'entrepreneur : aussi ne comprend-on pas pourquoi certains auteurs ont critiqué cette attribution du Directeur du Génie. Ils objectaient autrefois que, contre les décisions du Directeur du Génie, il n'y a pas de recours pour excès de pouvoir ou vice de forme. Mais cette argumentation est sans portée aujourd'hui. D'une part, comme nous ne tarderons pas à le voir, le recours pour excès de pouvoir n'est jamais admis dans notre matière, même contre les décisions des Ministres. D'autre part, s'il était ouvert, on y aboutirait aisément par une réclamation adressée au Ministre et que ce dernier aurait expressément ou tacitement rejetée.

Section II

Recours contentieux

La solution du Conseil d'Etat est extrêmement simple. Il n'existe qu'un seul recours contentieux ouvert à l'entrepreneur, celui de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ainsi conçu : « Le Conseil de préfecture prononcera sur les « difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs

« de travaux publics et l'Administration, concernant le « sens ou l'exécution des clauses de leur marché ».

Nous aurons à rechercher par la suite, d'une part, quels sont les caractères généraux de ce recours (§ 1^{er}) et d'autre part pourquoi les autres recours contentieux sont exclus (§ 2).

§ 1^{er}. — *Caractères généraux du recours devant le Conseil de Préfecture.*

a. *Caractères généraux.*

Par ce recours, l'entrepreneur saisit le Conseil de Préfecture, pour faire valoir les droits qu'il tient de son marché. L'entrepreneur obtiendra d'être déchargé des conséquences onéreuses d'une mesure injustifiée ou irrégulière; éventuellement il sera indemnisé du préjudice qu'il a souffert. C'est essentiellement une réclamation pécuniaire qu'il fait valoir, soit qu'il cherche à ne pas payer, soit qu'il demande à être indemnisé. Ce recours appartient donc au contentieux de pleine juridiction. Le Conseil de Préfecture ne pourra pas annuler les actes et les décisions administratives, bien que leur illégalité soit démontrée. L'arrêté de mise en demeure, l'arrêté prescrivant la mise en régie provisoire ou définitive, la résiliation, la réadjudication etc.. doivent être maintenus par le Conseil de Préfecture. L'Administration n'a fait qu'appliquer le pouvoir unilatéral de décision qu'elle s'est contractuellement réservé. La juridiction administrative ne peut réformer sa décision. Cela a été très nettement jugé par le Conseil d'Etat en plusieurs occasions. Dans une affaire Vivet et Paillotet (5 juillet 1851, p. 495), un arrêté préfectoral avait prescrit la démolition de travaux que l'Administration jugeait mal

exécutés par les entrepreneurs. Sur la demande de ceux-ci, le Conseil de Préfecture avait jugé qu'il n'y avait pas lieu de démolir. Mais cette décision a été réformée par le Conseil d'Etat : « Si le Conseil de préfecture était compétent pour « décider qu'il serait procédé par un expert à la visite et « reconnaissance des travaux exécutés par les sieurs V. « et P. il n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, ordonner qu'il ne serait rien changé aux constructions dont la « démolition avait été prescrite par l'arrêté du Préfet ».

Le Conseil d'Etat décide de même que le Conseil de Préfecture est incompétent pour déclarer nulle une réadjudication à la folle enchère (Laprie c / Ville de Lorient, 14 février 1890, 173). (Cf. pour un arrêté de mise en demeure, 9 août 1865, Delalée, 785).

Malgré cela le Conseil de Préfecture et, en appel, le Conseil d'Etat ont compétence pour examiner l'acte incriminé et s'il y a lieu, attribuer une indemnité à l'entrepreneur ou le décharger des conséquences onéreuses des mesures prises contre lui. Ces principes sont très nettement exposés dans un arrêté, Gaté c / Hospices de Fougères (29 mars 1855, p. 246) : « Si l'Administration supérieure « a seule qualité pour annuler ou confirmer les décisions « des autorités locales qui prononcent la mise en régie des « travaux publics, néanmoins, lorsqu'un entrepreneur « prétend qu'il ne se trouve pas dans un des cas prévus pour « la mise en régie, et que les dépenses résultant de cette « mesure ne doivent pas être mises à sa charge, il peut « porter ses réclamations devant le Conseil de Préfecture « auquel il appartient, aux termes de la loi du 28 pluviôse, « an VIII, de connaître des difficultés qui s'élèvent sur le « sens de l'exécution des marchés de travaux publics et, « dès lors, c'est à tort que le Conseil de Préfecture s'est

« déclaré incompetent pour statuer sur le point de la
« demande du sieur Gaté relative aux frais de régie ».

Les expressions employées dans cet arrêt Gaté sont les expressions définitives : on ne parle plus comme dans un arrêt du 19 juillet 1833 (Commission syndicale des digues de la Saône et du Doubs, 5^e vol. Lebon, p. 366) « d'actes d'administration qui n'appartiennent qu'à l'autorité du Préfet et qui ne doivent en aucun cas être soumis à l'examen ou à la révision des Conseils de Préfecture ».

Donc le Conseil de Préfecture peut prononcer au profit d'un entrepreneur, la décharge des conséquences d'une mesure de déchéance ordonnée irrégulièrement ou à tort, mais il est incompetent pour en prononcer l'annulation.

Le Conseil est nécessairement conduit à apprécier les conditions de forme et de fond dans lesquelles la mesure de déchéance a été prise.

Par ce biais, il arrive au contrôle qu'il lui est interdit d'exercer directement. Cela ressort bien de la lecture des arrêts. Ainsi, dans l'affaire Crété c / Préfet de la Charente (3 janvier 1881, p. 25), le Conseil de Préfecture décide que, « s'il n'appartient pas au Conseil de Préfecture d'annuler
« un arrêt préfectoral prononçant la mise en régie, il lui
« appartient d'examiner la régularité et la légitimité de
« la mise en régie et d'apprécier si les dépenses résultant
« de cette mesure doivent être mises à la charge de l'entre-
« preneur ou si ce dernier a droit à une indemnité ». (Voir également, 12 décembre 1890, Auray c / Ville de Lorient, p. 945) : « il appartenait au Conseil de Préfecture de connaître de cette mesure au point de vue des conséquences
« dommageables qu'elle aurait pu avoir pour l'entrepreneur,
« dans le cas où il serait établi qu'elle est mal à propos
« intervenue ».

Cet examen, dont on saisit le caractère tout particulier, est effectué en premier ressort par le Conseil de Préfecture.

Il n'est pas possible de saisir directement le Conseil d'Etat (30 juillet 1963, Daumer, p. 611 ; 7 janvier 1864, Raoult, 21 ; 21 février 1920, Lorenzo, p. 197). Mais le Conseil d'Etat peut évoquer l'affaire et l'examiner au fond, si le Conseil de Préfecture, régulièrement saisi, a pris une décision nulle en la forme (par exemple par non-observation des formalités de l'arrêté du 19 fructidor, an IX, sur la désignation du Conseiller général remplaçant un membre du Conseil de Préfecture et si l'état de l'instruction de l'affaire le permet, (8 février 1895, Benard et Tabarant, 138).

La procédure à suivre est la procédure ordinaire prévue par la loi du 22 juillet 1889. Il n'y a rien de spécial à dire, ni sur l'introduction de la demande, ni sur les moyens de vérification, ni sur le jugement. On notera, en ce qui concerne le recours devant le Conseil d'Etat, que le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat est nécessaire (art. 61). Est également applicable le décret du 18 janvier 1890 fixant les allocations et la procédure à suivre devant les Conseils de Préfecture. Depuis les décrets des 6 et 26 septembre 1892, il n'existe plus que des Conseils de Préfecture interdépartementaux dont les attributions, la composition, le fonctionnement et le rôle ont été sensiblement modifiés. Ces décrets n'ont pas reçu l'approbation parlementaire prévue dans l'art. 1^{er} de la loi du 3 août 1926, qui les autorisait dans le but de réaliser des économies : dans la rigueur des principes, ils devraient être considérés comme caducs. Ils sont cependant appliqués, même dans leurs dispositions contraires aux lois préexistantes et par lesquelles ils n'ont pas réalisé, à proprement parler, d'économies. Le décret du 3 décembre 1926 au sujet duquel la même observation

doit être faite, est spécial à l'organisation du Conseil de Préfecture de la Seine. Le décret du 23 février 1928 a organisé les secrétariats-greffes et les secrétariats-greffes adjoints. Le décret du 14 septembre 1930 a modifié le décret du 28 mars 1931 fixant les tarifs des frais et des dépens.

Citons enfin le décret du 31 juillet 1931, relatif aux délibérations des Conseils de préfecture interdépartementaux. En appel, le recours est porté devant les sections du contentieux du Conseil d'Etat.

* * *

b. Délai dans lequel le recours doit être exercé. Forclusion de l'entrepreneur.

Par sa nature même, le recours ne peut tendre qu'à décharger l'entrepreneur d'une pénalisation, ou à l'indemniser. Il ne pourra donc être introduit qu'au moment où l'Administration aura pris la décision de mettre à la charge de l'entrepreneur les conséquences pécuniaires d'une déchéance, ou aura refusé l'indemnité qu'il réclame. Il faut donc que les conséquences des mesures prises soient connues. Il en résulte que le Conseil de préfecture ne pourra être saisi, dans le cas de mise en régie, qu'au moment de la notification du compte de régie. Dans le cas de réadjudication à la folle enchère, le recours n'est ouvert qu'après approbation par l'autorité supérieure compétente (le Ministre ou le Préfet), de la nouvelle adjudication. S'il y a résiliation, l'entrepreneur introduira sa réclamation en protestant contre le décompte qui lui sera présenté.

L'entrepreneur perd son droit d'action, soit par forclusion, soit en acquiesçant à la mesure prise contre lui par l'Administration.

La forclusion résulte pour lui de n'avoir pas présenté de réclamation dans le délai fixé par l'art. 41 du Cahier des Clauses et Conditions Générales, c'est-à-dire 30 jours après la notification de l'ordre de service qui l'invite à prendre connaissance du décompte. Mais si l'entrepreneur a, antérieurement à cette notification, présenté une réclamation au moins équivalente, il n'a pas à la formuler de nouveau. Il échappe à la forclusion (15 juin 1883, Mon-dielli et Mayence, p. 576). D'ailleurs, il appartient à l'Administration dans le cas où le décompte n'a pas été régulièrement notifié à l'entrepreneur, de prouver que celui-ci avait pu en fait prendre connaissance de ce décompte, plus de 30 jours avant sa réclamation (même arrêt).

* * *

c. Fins de non-recevoir opposables au recours. — Acquiescement de l'entrepreneur.

L'entrepreneur perd également le droit de réclamer s'il a directement ou indirectement acquiescé aux mesures prises contre lui (26 novembre 1846, Héritiers Jardin-Beaugé et consorts, p. 510 ; 29 novembre 1853, Darfeuille, p. 1126). Cet acquiescement résulte soit de déclarations expresses et en général écrites de l'entrepreneur (cf. Darfeuille), soit du fait qu'il a signé sans réserves les pièces comptables de la régie (cf. Héritiers Jardin). Mais il faut que sa volonté d'acquiescer ne soit pas douteuse (voir comme un exemple de cas où en fait il n'y avait pas eu d'acquiescement (22 mars 1907, Mallet et Pinard, 307). Ainsi ne doit-on pas considérer comme un acquiescement le fait d'avoir travaillé comme tâcheron sous les ordres du régisseur ou du nouvel adjudicataire (cf. 5 février 1885,

Sérail, p. 160) : le Conseil de Préfecture avait adopté l'opinion contraire ; mais le Conseil d'Etat consacre la solution défendue ici, puisqu'il a examiné au fond la légitimité de la régie, sans s'arrêter au prétendu acquiescement de l'entrepreneur. Il est également nécessaire que l'acquiescement ait porté sur la décision critiquée et non pas une décision antérieure rapportée par l'Administration (4 mai 1877, Blanc c / département de la Corse, 429). Blanc avait été une première fois mis en régie, à l'occasion de son travail de construction du Palais de Justice d'Ajaccio ; il avait acquiescé à cette mesure, dont il avait été relevé quelques mois plus tard. Mais, par la suite, remis à la tête de son travail, son activité fut, de nouveau, insuffisante, et ses chantiers étant presque complètement désertés, l'Administration le mit en régie une seconde fois. Le Conseil d'Etat a examiné la régularité de cette mise en régie, à laquelle ne s'appliquait pas l'acquiescement antérieurement donné.

* * *

d. *Le recours de la loi du 28 pluviôse an VIII, peut-il être exercé par l'Administration ?*

Ainsi aux termes de la jurisprudence, le Conseil de Préfecture et en appel le Conseil d'Etat, peuvent décharger l'entrepreneur des conséquences d'une mesure irrégulière et même lui accorder réparations du préjudice dont il a souffert. Le Conseil de Préfecture peut-il, sur la demande de l'Administration, ordonner de lui-même les mesures de déchéance de l'art. 35 ? Par application de l'art. 1184 du Code civil, le Conseil d'Etat, nous l'avons vu, l'admet parfaitement pour la résiliation (19 décembre 1867, Fougue, p. 938). Dans cette affaire, il s'agissait de la fourniture à

la Ville de Paris et de la pose des plaques bleues indiquant le nom des rues. Le Préfet avait demandé au Conseil de préfecture la résiliation du marché sur le fondement de l'art. 1184, les entrepreneurs n'ayant pas exécuté leurs obligations. Les entrepreneurs invoquaient l'art. 35 et soutenaient que c'était au Préfet de résilier l'entreprise, mais en les dédommageant. Le Conseil d'Etat a décidé que les travaux faisant l'objet du traité avaient le caractère de travaux publics et que dès lors, aux termes de la loi du 28 pluviôse an VIII, le Conseil de Préfecture était compétent pour prononcer la résiliation de cette entreprise, en cas d'inexécution des Clauses et Conditions, aux torts et griefs des entrepreneurs. Même solution dans un arrêt Demerre du 25 mars 1865 (p. 327). C'est avec raison, dit le Conseil d'Etat, que le Conseil de préfecture a par application de l'art. 1184 du Code Napoléon, prononcé la résiliation (il s'agissait de la construction du Palais de Justice de Saint-Etienne).

Par contre, le Conseil de Préfecture n'est pas compétent pour prononcer la réadjudication à la folle enchère. C'est ce qui résulte notamment de l'arrêt Doublé (17 décembre 1909, p. 1001). « Il n'appartient qu'à l'Administration de prescrire cette mesure d'exécution : dès lors le Conseil de Préfecture est sorti des limites de ses attributions ». (Voir également 3 février 1888, Prévost c/ Ville de Vannes, p. 125). Nous nous sommes expliqués sur cette jurisprudence (p. 20 et s.) et nous avons dit les doutes qu'elle nous inspire.

* * *

§ 2.— *Existe-t-il d'autres recours contentieux contre les mesures prévues aux articles 35 ?*

Il ne peut s'agir que de recours devant des tribunaux administratifs. Le recours aux tribunaux judiciaires est exclu, puisqu'il s'agit de travaux publics. La loi du 28 pluviôse, an VIII ne permet pas une autre interprétation. Les tribunaux de l'ordre judiciaire ne pourraient pas, même incidemment, se livrer à un tel examen (V. par exemple, 26 novembre 1846, Héritiers Jardin, Beaugé et consorts, p. 510.) C'est au Conseil de Préfecture de la Sarthe de se prononcer sur la question de la validité de mise en régie (travaux de la caserne et de la place militaire du Mans). La Cour de Caen s'est déclarée incompétente.

Mais il est d'autres recours devant les Tribunaux administratifs que celui dont nous avons indiqué les traits généraux dans la première section.

Le recours pour excès de pouvoir, qui est devenu le recours normal en matière administrative, n'est-il pas ouvert à l'entrepreneur ?

La solution du Conseil d'Etat nous est déjà connue par la teneur des arrêts que nous avons cités dans la section première. Il n'est pas possible d'attaquer directement pour excès de pouvoir une décision administrative fondée sur l'art. 35 de l'un des Cahiers (Raoult, 7 janvier 1864, p. 21). Quelles sont les raisons d'interdire ainsi le recours pour excès de pouvoir ? S'agit-il d'une de ces mesures discrétionnaires qui échappent à tout contrôle, quant à leur légalité ? Ou bien le recours pour excès de pouvoir est-il écarté parce qu'il existe un recours parallèle ?

C'est à la seconde idée que s'arrête la jurisprudence, au moins aujourd'hui ; si le 19 juillet 1833 (Commission syndicale des digues de la Saône et du Doubs, Lebon, 5^e vol. p. 366), le Conseil d'Etat a déclaré qu'il s'agissait d'actes d'administration qui n'appartiennent qu'à l'autorité du

Préfet et qui ne doivent en aucun cas être soumis à l'examen ou à la révision des Conseils de Préfecture, il se borne maintenant à invoquer la loi du 28 pluviôse an VIII. Les arrêtés pris par le Préfet ou le Ministre n'ont pas à lui être déferés par la voie contentieuse, puisqu'ils ne font pas obstacle à ce que l'entrepreneur fasse valoir les droits qu'il tient de son marché en portant ses réclamations devant le Conseil de Préfecture. Le recours pour excès de pouvoir est donc irrecevable, en raison de l'existence d'un recours parallèle (30 juillet 1863, Daumer, p. 611 ; 7 janvier 1864, Raoult, p. 27 ; 9 août 1865, Delalée, p. 785 ; 20 février 1920, Lorenzo, p. 197).

Mais, pourquoi le Conseil d'Etat a-t-il maintenu cette irrecevabilité dans notre matière quand, ailleurs, il s'est montré beaucoup plus large ? Il est constant, en effet, que l'inexistence d'un recours parallèle est beaucoup moins strictement exigée qu'autrefois (cf. Laferrière, *Juridiction administrative*, t. II, p. 474 ; Rolland, *Droit administratif*, p. 217, n° 321 ; Appleton, *Contentieux administratif*, p. 58, n° 320). M. Hauriou considère que cette exigence est virtuellement abrogée (*Précis*, X^e édit., p. 445, 447 et 416, 417).

D'ailleurs la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle ne peut guère être invoquée dans notre matière, puisque, nous l'avons vu, le recours ouvert par la loi de pluviôse an VIII ne peut procurer à l'entrepreneur l'anéantissement des mesures illégalement prises contre lui.

M. Appleton pense que, si l'on pouvait intenter un recours pour excès de pouvoir, ce serait éluder le premier degré de juridiction. Pour lui, la loi de pluviôse an VIII, qui fait du Conseil de Préfecture le juge du contentieux des travaux publics, s'oppose à la recevabilité du recours pour excès

de pouvoir, porté directement devant le Conseil d'Etat.

Cette argumentation ne saurait nous convaincre entièrement.

En réalité, le refus du recours nous paraît fondé sur le caractère tout spécial du contentieux en matière des travaux publics, qui fait bien des décisions de l'Administration, des actes discrétionnaires.

Dans notre Introduction, nous avons quelque peu développé cette idée, que les travaux d'utilité publique devaient s'exécuter rapidement, au prix même de quelques abus. Les maîtres de l'œuvre privés se plaignent de certains entrepreneurs « qui font plus de lettres que de travaux ». En matière administrative, on s'attache à éviter qu'un entrepreneur récalcitrant puisse paralyser un chantier.

La rigueur de la jurisprudence, approuvée par la doctrine, nous paraît pourtant critiquable. Cette jurisprudence s'est formée à une époque où tous les principes du droit administratif n'étaient pas entièrement dégagés. Sans doute était-elle alors très hardie et représentait-elle un compromis nécessaire entre les intérêts de l'Administration et ceux de l'entrepreneur, qu'elle ne laissait pas tout à fait à la merci du maître de l'œuvre. Mais ne va-t-elle pas un peu loin dans la protection de l'Etat ?

Aujourd'hui, notre matière est sans doute la seule où l'Administration puisse, sans contrôle direct, agir en toute illégalité et frapper l'entrepreneur qui résiste.

Sans doute, nous l'avons dit, l'intérêt public est à la base de cet état de choses. Pourtant nous sommes sur le terrain contractuel. L'Administration s'est réservé un pouvoir discrétionnaire que nous estimons légitime, mais elle s'est obligée elle-même à ne l'exercer que dans certaines

conditions, moyennant des formalités qui sont, pour l'entrepreneur, autant de garanties.

Aussi, il nous paraîtrait à la fois juridique et désirable que le recours pour excès de pouvoir soit ouvert, au moins dans les cas d'incompétence et de vice de forme. Il n'y a vraiment dans ces hypothèses, aucun inconvénient à donner à l'entrepreneur un recours qui n'est même pas suspensif.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est ferme en sens contraire.

La conséquence essentielle en est que l'entrepreneur ne pourra agir devant aucun tribunal administratif avant que son entreprise soit juridiquement terminée : c'est à dater de ce moment seulement qu'il lui appartient de se défendre. S'il lui est loisible de demander la résiliation de son entreprise sans attendre cette date, ce ne pourra être que pour une toute autre raison, par exemple par suite de l'augmentation du cube des travaux, au-delà de la limite qu'il est obligé de tolérer.

La jurisprudence est très ferme pour n'exercer qu'un contrôle *a posteriori*.

*
* *

Parmi les recours autres que celui de la loi du 28 pluviôse an VIII, on doit citer l'arbitrage des « Comités de règlement amiable » des divers ministères, Travaux publics¹, Guerre, Marine, Colonies, Intérieur.

Ces comités, composés de hauts fonctionnaires, de Conseillers d'Etat, d'Entrepreneurs, offrent toutes garanties de compétence. Ils peuvent juger en équité.

1. Le Comité de règlement amiable du Ministère des Travaux Publics a été organisé par décret du 24 décembre 1907 (modifié par décret du 29 juin 1910), en application de l'art. 69 de la loi de finances du 17 avril 1906.

Le Ministre peut saisir le Comité de son département si l'entrepreneur le sollicite. Un litige ne peut donc être porté devant le Comité que si les deux parties sont d'accord pour le faire.

La décision du Comité n'est obligatoire ni pour l'Administration, ni pour l'entrepreneur. En pratique, elle est généralement acceptée¹.

1. Marcel Ferrus. Le Comité consultatif de règlement amiable des entreprises de Travaux publics, Paris, Syndicat Professionnel des Entrepreneurs, 1914.

CHAPITRE PREMIER

CRITIQUES DE FORME ET CRITIQUES DE FOND

L'entrepreneur peut adresser aux sanctions qui l'ont frappé, des critiques très variées en fait, mais que l'on peut grouper en trois catégories.

D'abord, il peut prétendre qu'il n'a pas commis de faute suffisante pour justifier une mesure de rigueur ou qu'il n'a pas été mis en mesure de satisfaire aux exigences de l'Administration : ce sont là des critiques qui portent sur le fond même de la mesure coercitive.

Ou bien il peut soutenir que les formes contractuellement prévues n'ont pas été respectées : par exemple, c'est une autorité incompétente qui a agi.

Si on peut logiquement faire cette distinction parmi des réclamations qui, en fait, sont souvent présentées ensemble, on ne doit pas se dissimuler qu'elle n'a pas une portée absolue. Le Conseil d'Etat l'indique. Il parle de « régie irrégulière », s'il y a eu vice de forme et de régie « mal fondée » dans l'autre cas. La conséquence la plus intéressante de cette distinction est, nous le verrons au chapitre suivant, que, si le vice est simplement de forme, le Conseil d'Etat se borne en général, à décharger l'entrepreneur des conséquences onéreuses de la sanction prise contre lui tandis que, dans le cas de déchéance « mal fondée » il accorde en outre une indemnité, pourvu qu'il y ait préjudice.

Enfin, même si la déchéance était régulière, l'entrepreneur peut encore contester le montant de la somme que lui réclame l'Administration. Dans l'application de la mesure, le maître de l'œuvre a pu commettre certaines fautes et l'entrepreneur doit être déchargé de leurs conséquences. Pour l'obtenir, il adressera des critiques, non plus à la décision de déchéance, mais au décompte.

Nous aurons donc à étudier :

les critiques de forme,

les critiques de fond,

les critiques adressées au décompte.

A la vérité, dans le présent chapitre, nous ne nous préoccuperons que des deux premières classes de critiques ; celles de la troisième catégorie seront étudiées au chapitre suivant, avec les conséquences financières du recours de l'entrepreneur.

Section Première

Critiques de forme

NOTIONS GÉNÉRALES. — Quand, au cours de la première partie, nous avons étudié la procédure de l'application des mesures de rigueur, nous avons vu que toutes les formalités inscrites dans les Cahiers n'étaient pas obligatoires pour l'Administration. Celle-ci peut impunément omettre quelques-unes d'entre elles.

Il y a donc un départ à faire entre les diverses formalités contractuelles, et nous voudrions préciser, en un tableau aussi complet que possible, celles que l'Administration ne

peut négliger, sans que la mesure prise par elle soit irrégulière. Ces formalités seront dites substantielles.

Le Conseil d'Etat reconnaît ce caractère aux seules formalités qui sont destinées à garantir l'entrepreneur. Il autorise l'Administration à renoncer aux formes convenues dans son seul intérêt.

La jurisprudence est, d'ailleurs, sévère. Sa tendance est très nette à ne reconnaître le caractère substantiel qu'à un petit nombre de formalités, particulièrement protectrices pour l'entrepreneur.

La liberté des tribunaux est d'ailleurs entière, car les Cahiers ne s'expliquent pas sur la distinction qui nous intéresse. On pourrait penser que des formalités inscrites dans un document contractuel, sont toutes également obligatoires pour l'Administration. Mais le Conseil d'Etat estime qu'un Cahier est à la fois un contrat et un document par lequel le Ministre donne à ses services des instructions. A ce titre, certaines de ses dispositions ne peuvent recevoir que des sanctions disciplinaires. Elles sont d'ordre intérieur et l'entrepreneur n'a aucun droit à les voir respecter.

Dans tous les cas, cette distinction est uniquement jurisprudentielle. A la vérité, la doctrine du Conseil d'Etat est aujourd'hui bien fixée. Un grand nombre de décisions ont été rendues et l'on peut dire que toutes les règles de notre matière sont précisées, mais pas de façon immuable, puisqu'une jurisprudence peut toujours évoluer. Il y a là un élément d'incertitude et l'on doit souhaiter que les Cahiers soient revus sur ce point, que l'on en retire les formalités non obligatoires, et que celles qui y resteront inscrites soient incontestablement substantielles.

Les Cahiers sont des documents contractuels, l'entrepreneur doit avoir le droit de voir respecter toutes leurs dispositions.

Quoi qu'il en soit, il existe des formalités substantielles. Quel sera l'effet de leur omission? Devra-t-on y trouver une raison suffisante pour dispenser l'entrepreneur de toute pénalisation et pour lui attribuer une indemnité, même s'il a commis une faute suffisante pour justifier sa déchéance ? Cette importante question ne sera traitée que dans le deuxième chapitre. Mais il convient de l'indiquer ici, car certains auteurs pensent que la définition de l'irrégularité de forme lui est intimement liée.

PLAN : Les critiques de l'entrepreneur peuvent viser :

- a) soit à la mise en demeure,
- b) soit à la mise en régie provisoire,
- c) soit à la mesure définitive,

Ce sera là notre plan.

a) *Critiques adressées à l'acte de mise en demeure.*

La mise en demeure est considérée comme une formalité substantielle. Elle doit intervenir même si le Cahier autorise une mise en régie immédiate (12 mai 1846, Jobert, p. 280 ; 30 mai 1867, Nuix, p. 325). Il est rare que l'Administration omette entièrement cette formalité. Bien entendu, la déchéance est irrégulière en la forme, si la mise en régie a été appliquée à des travaux autres que ceux à l'occasion desquels l'entrepreneur avait été mis en demeure (M. T. P. c / faillite Peyrot 27 novembre 1903, p. 732). Il ne peut y avoir organisation immédiate d'une régie sans ce préliminaire obligé (15 décembre 1846, Pluvinet c / M. T. P. 554) et si compétence a été donnée à une personne administrative telle que le Préfet, le Maire ou le Ministre, il a été jugé que l'ordre de service donné par un ingénieur ou

l'architecte des travaux est insuffisant (16 mars 1883, Oliveo Guidi c / Ville de Nice p. 297).

C'est par un arrêté, soumis aux formes ordinaires de ces actes, que la mise en demeure doit être prononcée (21 décembre 1901, Rey c / département du Puy de Dôme, p. 911) L'incompétence du fonctionnaire qui met en demeure constitue un vice de forme. C'est là un point certain (voir les arrêts cités p. 27).

L'arrêté de mise en demeure ne permettrait pas non plus une mise en régie régulière, s'il ne visait qu'une clause pénale (24 décembre 1901, Rey c / Département du Puy-de-Dôme, p. 911).

L'arrêté de mise en demeure doit être explicite, et l'entrepreneur exactement renseigné sur les exigences de l'Administration. Par une tolérance peu explicable, le Conseil d'Etat admet dans l'arrêt Rivallier (18 mai 1896, p. 384), qu'un arrêté de mise en demeure, qui ne contient pas l'indication détaillée des travaux à exécuter, peut être complété par de simples ordres de service. Il estime suffisante, dans l'arrêté, la mention que l'entrepreneur « doit mettre une ligne de chemin de fer en état de réception ». C'est là trop de brièveté. L'entrepreneur doit pouvoir déterminer facilement ce qui est exigé de lui, à la lecture de l'arrêté de mise en demeure, sans avoir besoin de recourir à d'autres documents qui ne concordent peut-être pas exactement et qui émanent d'autorités incompétentes.

L'arrêté doit énoncer le délai dans lequel il devra être satisfait à la mise en demeure : s'il ne fixe pas de délai, c'est le délai normal de 10 jours qui sera appliqué. Les Cahiers autorisent l'Administration à impartir un délai plus court, en cas d'urgence.

Un arrêté qui accorde un délai inférieur à dix jours, sans

invoquer l'urgence serait-il nul ? Cette question n'a pas été résolue explicitement par le Conseil d'Etat. Pour nous, la nullité ne fait pas de doute.

D'ailleurs, quand il approuve un délai inférieur à dix jours, le Conseil d'Etat constate généralement que l'Administration a invoqué l'urgence (16 mai 1849, Rome c / Ville d'Issoire, p. 226 ; 31 décembre 1878, Cravio c / Ville de Toulon , 1141). Il faut encore que le délai imparti soit suffisant en fait, ou plus précisément que l'Administration n'ait pas appliqué la mesure annoncée dans l'arrêté de mise en demeure, avant l'expiration d'un délai suffisant. Il semble bien que le Conseil d'Etat considère qu'il s'agit là d'une question de forme puisqu'il estime, dans le cas où le délai a été insuffisant, que la régie est irrégulière et non pas mal fondée. Cette irrégularité existe notamment si le délai fixé par l'Administration et laissé en fait à l'entrepreneur, ne permettait pas de terminer les travaux. C'est le seul véritable critérium (Cf. 9 avril 1868, Martine, p. 401 où, de l'avis de trois experts, le délai imparti était insuffisant. Le Conseil d'Etat a estimé que la mise en régie est prononcée à tort). Dans l'affaire Avon (6 mars 1874, 235) qui est particulièrement intéressante, le Conseil d'Etat a recherché d'après les appréciations des experts, si la réparation d'une digue de la Garonne pouvait être faite dans les conditions du marché. Celui-ci prévoyait que le niveau du fleuve serait de un mètre au-dessus de l'étiage. En fait, cette cote fut largement dépassée. La faute de l'Administration n'était donc pas à proprement parler le fait d'avoir imparti un délai trop court, mais d'avoir prétendu voir exécuter les travaux à un moment où ils étaient impossibles (Cf, aussi 29 juin 1867, Fabre 653, régie établie 8 jours après la mise en demeure ; 19 juillet 1833, 5^e volume, 366,

Commission Syndicale des Dignes de la Saône et du Doubs c / Dubost : mise en régie avant la signification de la mise en demeure)

Encore faut-il, suivant la doctrine de l'arrêt Mallet et Pinard (22 mars 1907, p. 307) que l'entrepreneur établisse que le délai qui lui a été laissé était insuffisant. Le même arrêt semble exiger que l'entrepreneur, au moment de la mise en demeure, ait réclamé ou protesté. Ces solutions nous paraissent inacceptables. L'entrepreneur doit subir les sanctions administratives et n'a, contre elles, aucun recours vraiment efficace pendant toute leur durée. Il n'est donc pas normal de lui faire grief de ne pas avoir réclamé alors que ses réclamations ne pouvaient avoir de conséquence juridique. Il nous semble plus logique de décider qu'il appartenait à l'Administration de justifier que le délai qu'elle avait unilatéralement accordé était suffisant, sans que l'entrepreneur ait à faire de réclamations à cet égard.

C'est d'ailleurs la tendance véritable de la jurisprudence et les motifs que nous venons de relever sont plutôt des appréciations de fait, inutiles et surabondantes.

La régie serait irrégulière si, avant l'expiration du délai accordé à l'entrepreneur, l'Administration avait installé à sa place un régisseur ou un autre entrepreneur (1^{er} décembre 1899, Collignon, 696 ; 4 avril 1879, M. des T. P. c / Bouchet, p. 299). Dans ces cas, le vice de forme n'est pas douteux. L'entrepreneur a droit à la totalité du délai imparti par la mise en demeure, serait-il même certain, dans les derniers jours, qu'il ne pourra terminer les travaux ordonnés.

La régie est-elle irrégulière si la déchéance intervient longtemps après l'expiration du délai fixé ? C'est la question de la déchéance tardive. Le Conseil d'Etat, une fois

au moins (16 janvier 1784, Gautier, p. 62) a eu l'occasion de le décider. La mise en régie n'était intervenue que 6 mois après la mise en demeure et sans que celle-ci soit renouvelée. L'arrêt relève qu'il n'a pas été constaté que Gautier n'avait rien fait pour se conformer à la mise en demeure. Par suite, la mise en régie avait été irrégulièrement prononcée.

Il faut déduire de ce motif que le seul retard ne suffit pas pour faire perdre son efficacité à l'arrêté de mise en demeure et rendre nécessaire un nouvel avertissement. Un ensemble de circonstances est nécessaire. Dans deux arrêts antérieurs (26 février 1840 Servay et Déculant c / M. des T. P. p. 62 ; 15 avril 1858, Sarrat, p. 307), le Conseil d'Etat a estimé que l'Administration a le droit de fixer l'époque à laquelle la régie devra être organisée ; elle peut toujours, si elle le juge convenable, proroger ce délai. (Servay et Déculant c / M. des T. P. p. 62 ; Demeure 27 août 1843, Régie décembre 1835).

L'entrepreneur ne peut se prévaloir de ce que « par une tolérance qui lui est toute profitable », le délai fixé par l'arrêté de mise en demeure ait été prorogé » (Mise en demeure le 9 octobre, délai de 5 jours. Mise en régie le 12 décembre, arrêt Sarrat).

Comme autre exemple de régie irrégulière, citons l'arrêt Longueville (8 juin 1883, Longueville, p. 549). Arrêté de mise en demeure, 31 mai 1875 notifié le 9 août mise en régie 27 octobre 1875).

En définitive, il faut d'une part, qu'un délai suffisant — et au minimum le délai prévu — ait été laissé à l'entrepreneur, et d'autre part, que ce délai n'ait pas été dépassé dans une mesure telle, que l'entrepreneur ait pu penser que l'Administration renonçait à se prévaloir de la mise en

demeure. Il faut aussi que l'entrepreneur n'ait pas satisfait à la mise en demeure. Dans l'hypothèse contraire, la mise en régie pour des faits nouveaux ne serait pas régulière sans une nouvelle mise en demeure (1^{er} juillet 1894, Varangot, p. 378 ; 3 mai 1893, Thévenet, p. 214).

Le défaut de notification de l'arrêté de mise en demeure équivaut à une absence de mise en demeure. La notification est une formalité nécessaire. Il ne suffit pas que l'entrepreneur ait eu connaissance en fait, de la décision de l'Administration (25 mai 1841, Roger Berdoly, 211 ; 16 décembre 1881, Lamoureux c / la Commune et la Fabrique de Saint Hilaire de Talmont ; 6 août 1887, p. 644 ; 15 décembre 1875, Joret c / Département du Calvados, p. 1002 ; 4 février 1890, Laprie c / Ville de Lorient, p. 173 ; 19 juillet 1833, Comm. Syndicat des digues de la Saône et du Doubs c / Dubost, p. 36 ; 23 avril 1840, André Jean p. 130). L'Administration doit fournir par écrit la preuve de la notification (5 décembre 1873, Roques, p. 1251 ; 24 juillet 1893, Aubert c / Ville d'Angers, p. 669). La notification n'est pas valable si elle est l'œuvre d'un agent non qualifié (26 novembre 1866, Troglia, p. 839).

*
* *

b) *Critiques adressées à la mise en régie provisoire :*

L'absence de mise en régie provisoire ne vicie la mesure de rigueur que si, dans l'arrêté de mise en demeure, on avait prévu qu'il y aurait une régie provisoire. Si, au contraire, l'arrêté de mise en demeure avait indiqué qu'une sanction définitive, résiliation ou réadjudication serait immédiatement prise, ou dans le cas de silence de l'arrêté, il n'y a pas vice de forme quand l'Administration néglige la phase de mise en régie provisoire.

Nous avons discuté déjà cette question dont la solution paraît acquise en jurisprudence (page 60). Nous nous bornerons ici à l'enregistrer (Noël 25 juillet 1873, p. 696). On est passé à la résiliation et à la réadjudication, alors que l'entrepreneur était explicitement menacé de mise en régie. Voir au contraire, 3 février 1888, *Prévost c / Ville de Vannes* p. 125 ; l'Administration avait immédiatement résilié le marché. Le Conseil d'Etat n'a pas retenu de vice de forme car une régie n'avait pas été annoncée.

L'incompétence de l'auteur de l'arrêté de mise en régie constitue un vice de forme. (Cf. par exemple 24 décembre 1909, *Zotier* p. 1019). Il s'agissait de la construction d'un mur de quai pour le compte de la Marine Nationale à Diégo-Suarez (Madagascar). Le Port de Diégo-Suarez n'était attaché à aucun arrondissement maritime déterminé. En vertu de l'ordonnance du 14 juin 1844, l'officier de justice investi dans le port des fonctions de Commandant, avait qualité pour ordonner, à défaut de Préfet maritime, la mesure de rigueur critiquée par le requérant (28 juillet 1905, *Olivier c / Ville de Montbrison*, p. 704 travaux communaux ; irrégularité en cas d'absence d'approbation par le Préfet).

Nous avons donné la liste des autorités compétentes (p. 41). Il faut que l'autorité qualifiée soit intervenue pour prendre ou pour approuver la mesure qui, sans son intervention, serait irrégulière.

Dans certains cas, l'autorité compétente pour prendre la mesure doit en référer à l'autorité supérieure (p. ex. le Préfet doit en référer au Ministre). Le Conseil d'Etat a décidé que l'entrepreneur ne pouvait pas se prévaloir de ce que l'approbation de l'autorité supérieure ne lui avait pas été notifiée (15 janvier 1895 *Ville de Nantes c / Guihot*,

p. 160). Ni même de ce que l'autorité supérieure n'avait pas été consultée dans un cas où le Cahier des Charges l'exigeait (22 mai 1907, p. 307, Mallet et Pinard, à propos de l'Exposition universelle).

Cette solution paraît très critiquable.

La circulaire du 29 décembre 1910, commentant l'introduction dans le Cahier des Ponts et Chaussées, de cette nécessité d'en référer au Ministre, indique bien l'utilité que peut avoir cette formalité.

« La mise en régie est une mesure grave qui peut entraîner des difficultés de toute nature et qui ne doit être ordonnée qu'après instruction approfondie. Sauf le cas d'urgence et lorsqu'il s'agit d'entreprises pour lesquelles il reste d'importants travaux à exécuter, il est bon que les faits qui déterminent les services locaux à proposer au Préfet la mise en régie soient examinés par des fonctionnaires n'ayant pas eu à intervenir dans les discussions qui précèdent généralement l'application des mesures de rigueur. Dans ce but, le Préfet, avant de prendre l'arrêté de mise en régie proposée par le chef de service devra en référer au Ministre. Saisi du dossier, le Ministre avant de se prononcer pourra demander l'avis de l'inspecteur général et même du Conseil général des Ponts et Chaussées ; l'Etat et l'entrepreneur surtout, auront ainsi toutes les garanties, le cas échéant, quant à la légitimité de la mesure prise pour assurer l'exécution des travaux ».

Le recours au Ministre est assurément une garantie de plus pour l'entrepreneur, et cette garantie n'est pas à négliger. Elle ouvre en effet, la possibilité d'un recours gracieux au supérieur hiérarchique. Nous avons déjà vu ce recours, qui a le gros avantage d'être préventif et qui est même le seul recours préventif possible.

Dès lors, il faut regretter que le Conseil d'Etat ne considère pas cette formalité comme substantielle et refuse à l'entrepreneur le droit de l'exiger ou d'en critiquer l'omission. Les juges administratifs ont ainsi décidé parce que, à leur sens, le Ministre ne doit être saisi que dans l'intérêt de l'Administration. Nous venons pourtant de voir que dans l'esprit de ses créateurs, cette mesure devait être une garantie pour les deux parties.

Il semble que le Conseil d'Etat ne soit pas très sûr du bien-fondé de sa jurisprudence car, dans de nombreuses espèces, il a pris soin de noter que « en admettant que les entrepreneurs puissent se prévaloir de cette formalité, le référé au Ministre n'était pas obligatoire dans la cause, parce qu'il s'agissait, par exemple, de travaux payés par le Département (4 mai 1877, Blanc c / Département de la Corse, p. 429, construction du Palais de justice d'Ajaccio ; 13 novembre 1833, Saignes c / Département du Tarn-et-Garonne, construction d'une route départementale).

Il serait donc souhaitable que le Conseil d'Etat revienne sur la doctrine de l'arrêt Mallet et Pinard et considère le référé au Ministre comme une formalité substantielle.

Il n'y a pas d'autre vice de forme. L'irrégularité de la notification de l'arrêté de mise en régie est indifférente (16 décembre 1881, Lamoureux p. 1014 ; voir aussi 14 février 1890, Laprie c / Ville de Lorient, p. 173). Pourtant cette irrégularité n'est pas sans conséquence. L'Administration en est responsable au cas où l'entrepreneur aurait subi un préjudice (6 août 1887, Polge, p. 664), spécialement si le régisseur a commencé les travaux avant que l'entrepreneur en soit avisé (25 mai 1841, Roger Berdoly, p. 211).

La constatation de la carence de l'entrepreneur, ou de son refus d'exécution des ordres qui lui sont donnés par l'arrêté

de mise en demeure, n'est pas non plus une formalité substantielle (6 février 1885, Sérail p. 160); même solution quand il n'y a pas eu de situation de travaux contradictoirement établie (3 juin 1892, M. des T. P. c / Chamally; 3 janvier 1881, Crète c / Préfet de la Charente p. 25; 12 janvier 1877, Guernet c / Département des Landes, p. 57; 31 janvier 1873, Collège c / Ville d'Aubagne, p. 116; 27 mai 1874, Colas c / Département de la Sarthe, p. 209, ou s'il n'a pas été dressé d'inventaire du matériel ou des matériaux en stock. (Cf. arrêt Crète, arrêt Guernet, arrêt Collège, arrêt Colas, 16 juin 1841).

Le défaut d'inventaire du matériel ou des matériaux n'est pas, non plus, une irrégularité suffisante pour vicier la déchéance (29 juillet 1899, Chaumeton frères; 4 avril 1879, Bouchet, p. 229). La seule sanction est pour l'Administration une difficulté de preuve au moment de la liquidation de l'entreprise (Cf. *infra*, p. 175 et suivantes).

*
* *

c) *Critiques adressées aux mesures définitives.*

Le Conseil d'Etat ne sanctionne, ici, que deux irrégularités de forme.

L'une affecte la mise en régie qui est irrégulière si, dans le contrat intervenu entre le régisseur et l'Administration, celle-ci ne s'est pas réservé la possibilité de se libérer pour remettre l'entrepreneur à la tête de son travail. C'est la doctrine de l'arrêt Ville de Toulouse (30 juin 1899, p. 484) et cette décision doit être approuvée.

De même, en cas de réadjudication à la folle enchère, le Conseil d'Etat exige que la nouvelle adjudication soit semblable à la première. Nous avons précisé les limites de la similitude des deux adjudications (p. 80).

La liste dressée par le Conseil d'Etat, des formalités essentielles, protectrices de l'entrepreneur est donc extrêmement limitée. L'entrepreneur n'y trouve que peu de garantie.

L'arbitraire administratif est par trop favorisé. A notre sens, il y aurait lieu de rendre obligatoires au moins les mesures faciles à prendre par l'Administration et qui, comme le référé à l'autorité supérieure, l'inventaire du matériel et des matériaux, la rédaction d'un procès-verbal d'état des travaux, supprimeraient dans la suite beaucoup d'incertitudes et de difficultés. L'entrepreneur recevrait ainsi une protection efficace et l'Administration serait garantie contre ses propres emportements.

Section II

Critiques de fond

NOTIONS GENERALES. PLAN — Les sanctions de l'art. 35 ne sont légitimement appliquées que si l'entrepreneur a commis une faute, de gravité suffisante. Dans le cas contraire, les mesures de rigueur seraient irrégulières. C'est à démontrer cette irrégularité que tendent les critiques dites « au fond » que l'entrepreneur adresse à l'acte qui a prononcé sa déchéance.

Aussi importe-t-il de rechercher quels sont les devoirs de l'entrepreneur et les manquements dont on peut lui faire un grief suffisant pour justifier la déchéance (§ II) et les excuses qu'il peut invoquer (§ III). Auparavant, nous étudierons les règles selon lesquelles la preuve doit être administrée.

I. *Preuve*

La plupart du temps, le Conseil d'Etat s'appuie sur les expertises ordonnées par le Conseil de Préfecture. C'est en suivant le rapport des experts qu'il apprécie s'il était possible de satisfaire aux ordres de l'Administration et si ceux-ci étaient réguliers (Voir par ex. Martin, 10 mars 1912, p. 399). Il résulte du rapport des experts que Martin n'a pas exécuté les travaux de serrurerie avec la diligence nécessaire (2 février 1906, Ville de Constantine c/ Armelin, p. 1020. Construction d'un Hôtel de Ville de Constantine. « De l'avis unanime des experts, la mise en régie a été prononcée sans cause légitime, le Conseil de Préfecture a fait une juste appréciation des faits » ; 9 avril 1873, Croye Douet et Pinchon, p. 333, travaux sur le canal de la Haute Marne. « D'après les experts, les constatations faites par les ingénieurs sur les comptes rendus de quinzaine des conducteurs n'ont point eu de caractère régulier et n'offrent qu'une base incertaine d'appréciation ».) Généralement, le Conseil d'Etat se fonde sur les résultats de l'instruction (Cf. 23 décembre 1898, Blanchet c/ Ville de Decize, p. 853, premier lot de distribution d'eau de la Ville de Decize ; 6 février 1885, Sérail p. 160).

A qui incombe la charge de la preuve ? Est-ce à l'entrepreneur de prouver que la mesure est abusive, est-ce à l'Administration de démontrer que l'entrepreneur a commis une faute et la gravité de celle-ci ?

Le Conseil d'Etat ne s'est jamais prononcé d'une manière très nette sur ce point. Dans l'arrêt Sérail, il exige la constatation d'une insuffisance d'approvisionnement imputée à l'entrepreneur, mais il se contente d'une attestation du conducteur des Ponts et Chaussées (16 février 1885, Sérail p. 160).

Il écrit par ailleurs que l'entrepreneur ne justifie pas que lors de la mise en régie, il fût en état de poursuivre l'exécution des travaux qui ne pouvaient être interrompus sans dommage pour la commune(8 juin 1883, Longueville c / Commune de Lamprie, p. 549). Par contre, il a décidé (Collignon 1^{er} décembre 1899, p. 696)« Il n'est pas établi que l'entrepreneur n'ait pas satisfait aux obligations de son marché ou que (Ministère de la guerre c / Hardy. Construction de casernes à Sainte-Catherine sous Briançon, 1^{er} Décembre 1899, p. 699) l'entrepreneur s'est conformé comme il a pu aux ordres de service ».

La charge de la preuve n'est pas attribuée par le Conseil d'Etat, selon une règle constante. Le Tribunal admet qu'il lui appartient d'apprécier les faits qui lui sont soumis, dans leur ensemble.

L'entrepreneur, comme l'Administration, auront à justifier l'un son attitude, l'autre ses ordres.

* * *

II. *Quels sont les manquements dont on peut faire grief à l'entrepreneur pour justifier une mesure de déchéance ?*

D'une façon générale, l'entrepreneur a pour obligation de respecter toutes les clauses de son marché. Il doit en outre exécuter les ordres de service qui lui sont adressés par les fonctionnaires techniques, auxquels est confiée la surveillance et la direction des travaux. On considère parfois que l'obligation d'obéir aux ordres de service se distingue de celle d'exécuter les clauses du marché, en ce sens qu'elle dépasse le contrat et dérive d'un pouvoir propre et original reconnu à l'Administration.

C'est aller trop loin, car ce pouvoir de l'Administration

n'existe en réalité qu'en vertu du Cahier des Clauses et Conditions Générales. Par exemple, en ce qui concerne le Cahier du Ministère des Travaux Publics, par l'art. 10 ainsi conçu :

« L'entrepreneur doit commencer les travaux dès qu'il
« en a reçu l'ordre de l'ingénieur. Il reçoit gratuitement de
« l'ingénieur au cours de l'entreprise, une copie certifiée
« conforme de chacun des dessins de détail et autres docu-
« ments nécessaires à l'exécution des travaux. Il se con-
« forme strictement aux plans, profils, tracés, ordres de
« service et, s'il y a lieu, aux types et modèles qui lui sont
« donnés par l'ingénieur ou ses préposés en exécution du
« devis. L'entrepreneur se conforme également aux chan-
« gements qui lui sont prescrits pendant le cours du tra-
« vail, mais seulement lorsque l'ingénieur les aura or-
« donnés par écrit, et sous sa responsabilité. Il ne lui est
« tenu compte de ces changements, qu'autant qu'il justifie
« de l'ordre écrit de l'ingénieur. Lorsque l'entrepreneur
« estime que les prescriptions d'un ordre de service dé-
« passent les obligations de son marché, il doit, sous peine
« de forclusion, en présenter l'observation écrite et motivée
« dans un délai de 10 jours. La réclamation ne suspend
« pas l'exécution de l'ordre de service, à moins qu'il n'en
« soit autrement ordonné par l'ingénieur ».

Toutefois et bien qu'il n'y ait au fond, pas de différence de nature entre la violation d'un ordre de service et celle d'une clause du marché, nous étudierons en deux sections distinctes, d'une part la violation des dispositions contractuelles précises, d'autre part, la reconnaissance des ordres de services.

*
* *

a) *Violation des dispositions contractuelles.*

L'abandon de ses chantiers par l'entrepreneur, entraîne à juste titre sa déchéance. C'est une circonstance fréquemment relevée et toujours déterminante. (8 mai 1896, Rivallier p. 384, Chemin de fer de Châlon-sur-Saône à Roanne ; 8 juin 1883, Longueville c / Commune de Lamprie, p. 549 ; 16 février 1883, Marchal p. 202, Construction d'un chemin vicinal ; 15 juin 1883, Mondielli et Mayence, p. 576, Rigole de l'Arratz pour la distribution des eaux de la Nesle ; 15 août 1892, Besse c / Préfet du Var, p. 687 ; 23 décembre 1892, Auray, p. 960, travaux d'amélioration du port de Douarnenez ; 27 juillet 1894, Héritiers du sieur Auboye, p. 520, chemin de fer ; 3 mai 1895, Veuve Jolivald c / Ville d'Epinal, p. 378, captage et amenée des eaux de source à Epinal ; 8 août 1895, Commune de Chissey c / Humbert p. 663, Pont sur la Loire ; 28 mai 1797, M. des T. P. c / Abougit et Clair, p. 429 ; 29 janvier 1904, Calmet et Sombreuil c / Ministère de l'Intérieur, p. 74, travaux de renforcement du barrage de Hamig en Algérie ; 29 décembre 1916, Bové et Plumeré, p. 568, chemin de fer ; 13 avril 1883, Saignes c / Département du Tarn-et-Garonne, p. 344, Construction d'une route départementale ; 14 février 1890, Laprie, c / Ville de Lorient, p. 173 construction de l'égout collecteur de Lorient. Les travaux étaient abandonnés depuis plusieurs mois).

Le Conseil d'Etat ne tient aucun compte d'excuses invoquées par l'entreprise pour justifier l'abandon des chantiers. L'entrepreneur doit travailler même s'il a des griefs justifiés contre l'Administration, même s'il a introduit une demande de résiliation de son entreprise. (Cf.

23 décembre 1892, Auray, p. 966 ; 3 mai 1895, Veuve Jolivald c / Ville d'Epinal, p. 379). Il en est de même si les chantiers sont à peu près abandonnés et bien qu'une légère activité subsiste. (Crété c / Préfet de la Charente, 3 janvier 1881, p. 25).

La suspension des travaux n'est qu'un succédané de l'abandon des chantiers. Elle justifie également une mesure de déchéance. Il peut s'agir aussi bien d'ailleurs que pour l'abandon des chantiers, d'une suspension délibérément décidée par l'entrepreneur ou seulement imposée par des difficultés de trésorerie, ou la mauvaise organisation des chantiers (27 juillet 1894, Héritiers du sieur Auboye, p.520 ; chemin de fer. L'entrepreneur a refusé de reprendre ses travaux ; 28 mai 1897, M. des T. P. c / Abougit et Clair, infrastructure du chemin de fer de Firminy à Annonay. La suspension des travaux a été retenue en même temps que l'abandon des chantiers. Le Conseil d'Etat estime même comme une circonstance de nature à justifier la déchéance, la constatation que l'entrepreneur n'a pas imprimé à ses travaux une activité suffisante (3 janvier 1881, Crété c / le Préfet de la Charente, p. 25 ; 13 avril 1883, Saignes c / Département du Tarn-et-Garonne, p. 344).

La faute de l'entrepreneur est retenue, *si les ouvriers non payés quittent le chantier*. (31 décembre 1878, Cravio c / Ville de Toulon, p. 1141, Construction d'un abattoir) ou si l'entrepreneur n'a pas réuni les approvisionnements ou les ouvriers nécessaires (3 janvier 1881, Crété c / Préfet de la Charente, p. 25, Approvisionnements insuffisants ; 13 avril 1883, Saignes c / Département du Tarn-et-Garonne, Construction de route départementale, effectif trop faible ; 12 juillet 1920, Frappier et Benoist, p. 701, construction de l'hôtel des services électriques de la région de Paris,

travaux de ciment armé, mise en régie pour insuffisance d'approvisionnements ; mais dans cette dernière espèce, le Conseil d'Etat a accueilli les excuses des entrepreneurs. L'entrepreneur encourt la régie et les mesures de déchéance *si ses travaux sont en retard sur le programme fixé* par l'Administration et accepté par lui (15 avril 1858, Sarrat p. 307.) L'entrepreneur n'a pas exécuté le travail dans un délai encore allongé par la tolérance de l'Administration ; 22 mars 1907, Mallet et Pinard, p. 307, travaux de staff au Palais des Manufactures nationales. Exposition de 1900 ; 27 mars 1865, Demeure p. 337, construction du Palais de Justice de Saint-Etienne, Les travaux ne sont pas terminés, 16 mois après l'expiration du délai convenu, (10 juin 1893, Bontaux p. 491, 3^e lot de chemin de fer d'Eygurande à Montluçon. Les travaux ne sont pas terminés à la date fixée ; 27 novembre 1903, M. des T. P. c/ Syndic de la faillite Peyrot, p. 732, entreprise d'approvisionnement du ballast et de ballastage des voies de la ligne de Montauban à Brives. Les retards sont imputables à la négligence de l'entrepreneur ; 14 février 1890 Laprie c/ Ville de Lorient, p. 73, construction de l'égout collecteur de Lorient. La résiliation a été ordonnée le 12 juin 1884, les travaux auraient dû être terminés le 12 novembre 1883 ; 10 mars 1859 Manot, p. 189, grosses réparations sur la route royale, n°21 dans la Haute-Vienne. Les travaux n'ont pas été terminés dans le délai fixé par le devis ; 22 décembre 1895, Bouffier, p. 659, construction d'un pont en charpente sur le Drac, dans le département des Hautes-Alpes. Le travail n'était pas terminé au moment fixé. Il a été détruit par une crue qui est survenue postérieurement à cette date et avant l'achèvement du pont. Mais comme il est reconnu que, même terminé, le pont aurait été endommagé, la respon-

sabilité est partagée entre l'entrepreneur et l'Administration.

La seule lenteur des travaux suffit pour que l'entrepreneur soit mis en demeure de hâter son travail et, s'il ne prend pas les mesures nécessaires, mis en régie (31 décembre 1878, Cravio c / Ville de Toulon, p. 114, construction d'un abattoir ; un arrêté de mise en demeure avait invité l'entrepreneur à travailler plus activement ; 7 avril 1886, Floch c / Commune de Saint-Philibert-de-Grandlieu, p. 742 ; construction d'un pont. L'entrepreneur n'a pas mené ses travaux avec une activité suffisante. 16 mars 1883, Oliveo Guidi c / Ville de Nice, p. 297, la régie est irrégulière en la forme, parce qu'elle n'a pas été précédée d'une mise en demeure. Cependant elle est notamment justifiée par la lenteur avec laquelle Oliveo Guidi conduisait son entreprise. 13 décembre 1899, Aubaret c / M. des T. P., construction d'un chemin de fer. Il résulte de l'instruction qu'Aubaret n'a pas imprimé à ses travaux une activité suffisante).

La faute de l'entrepreneur est tout à fait certaine s'il résulte de l'instruction que les travaux ont été menés avec une lenteur de nature à compromettre leur achèvement et l'exécution de ceux qui devaient en être la suite (18 mai 1888, Vermandon c / Département de la Seine, p. 465, Route départementale de Gennevilliers à Epinay et encore pour des travaux de chemins de fer, 28 février 1896, Girard, p. 205, lenteur extrême à effectuer les travaux de parachèvement.

On relève encore dans les arrêts des infractions graves aux stipulations du Cahier des charges spécial de l'entreprise.

Dans l'affaire Aïn-Tagrout c / Rigal (3 juin 1892, p. 532). l'entrepreneur a arrêté le forage de 2 puits constituant son

marché (travail communal, Cahier des travaux de l'Etat) à 10 m. alors qu'ils devaient être poussés à 22 m. 30.

De même, il a été à juste titre reproché à l'entrepreneur de n'avoir pas « usé du ciment Portland demi-lent de la Maison Allard et Nicolet, comme le Cahier lui en faisait l'obligation, alors que le ciment prompt utilisé par lui, n'avait été autorisé qu'à titre d'essai ». (4 juin 1913, 2^e espèce Ragnet, p. 625 ; aménagement de champs d'épandage à Vichy). Dans le même ordre d'idées, signalons l'arrêt du 8 juin 1882, Escarraguel, p. 558 ; construction d'un quai et transformation d'une cale à Rouen. « Sans justifier d'aucune autorisation, les entrepreneurs ont apporté une modification au devis, qui prévoyait des tablettes de granit pour le couronnement du mur de quai de la Boise, alors que les ingénieurs avaient précisément rejeté les matériaux dont les entrepreneurs ont usé ».

* * *

b) *Méconnaissance des ordres de service.*

Nous avons déjà indiqué sur quoi se fondait le pouvoir reconnu aux agents de l'Administration de donner à l'entrepreneur des ordres. Très fréquemment, le Conseil d'Etat relève, sans préciser davantage, que l'entrepreneur ne s'est pas conformé aux ordres de service et à la mise en demeure, qui en est la sanction. Cela lui suffit pour estimer que la mesure de déchéance a été prise à bon droit (Cf. 6 février 1885, Sérail p. 160 ; 3 février 1888, Prévost c / Ville de Vannes, p. 125, travaux de menuiserie à l'Hôtel de Ville de Vannes ; l'entrepreneur ne se conforme pas aux ordres de l'architecte ; 16 mars 1894, Rome c / Ville d'Issoire, p. 226 refus de se conformer aux dispositions du Cahier des Charges

et aux ordres de l'architecte ; 16 juin 1893, Boutaud, p. 481
 3^e lot de chemin de fer d'Eygurandes à Montluçon, l'entrepreneur ne s'est pas conformé aux ordres de service ni à la mise en demeure ; 28 février 1889, Girard, p. 205, chemin de fer. « Il était tenu d'effectuer les travaux de parachèvement et de réparer les malfaçons en déférant aux ordres qui lui ont été donnés, dans les conditions de son marché ». (13 décembre 1899, Aubaret c / M. des T. P. Chemin de fer ; Michaux c / Ville de Roubaix, travaux de voirie. « Il n'a pas obtempéré à la mise en demeure de prendre toutes dispositions pour l'exécution régulière des travaux de son entreprise » (mises en demeure des 13 avril 1888 et 5 juillet 1889, mise en régie le 30 novembre 1891) ; 20 mars 1912, Martin 399, travaux communaux de serrurerie dans une école, « le sieur Martin a refusé d'obéir aux injonctions qui lui étaient adressées » ; 29 janvier 1904, Calmet et Sombreuil c / M. de l'Intérieur, p. 74, Travaux confortatifs du barrage de Hamiz (Algérie).

Le plus souvent, le Conseil d'Etat rappelle dans le corps de ses arrêts, l'ordre resté sans exécution. Un examen rapide de ces ordres montrera dans quelle mesure ils peuvent ajouter aux textes contractuels, Cahier des Clauses et Conditions Générales, Cahier des Charges, devis.

L'ordre de service peut être général et imprécis « *procéder sans retard* à l'achèvement et à la mise en état d'exploitation de la voie ferrée » (29 décembre 1916, Bové Plumère p. 568) ou bien « mettre les travaux en état de réception définitive » (8 mai 1896, Rivallier p. 284, 3^e lot de chemin de fer de Chalon-sur-Saône à Roanne), ou bien « garnir ses chantiers, en matériel et en ouvriers » ; 4 juin 1913, 1^{er} espèce, p. 623, construction dans la Commune de Jujurieux, d'un groupe scolaire avec mairie et bureau de postes.

Parfois, l'ordre est plus précis. Ainsi il rappelle et il prescrit d'observer les dispositions du marché relatives à la construction des voûtes et en particulier l'emploi de pierres taillées d'un certain modèle. (13 novembre 1896, Ville de Nice c / Armelin p. 720, travaux de couverture du Vallon de Magnan).

L'ordre peut prescrire de remplacer les matériaux rebutés (3 juin 1892, M. des T. P. c / Chamally, p. 523, Amélioration de la route 19 dans la traversée de Pont-sur-Saône) ou de rattraper le retard dans l'exécution de certains travaux déterminés, en l'espèce blocs de béton et remblais (30 juin 1899, Ville de Toulouse, p. 484, réparation du filtre de Portet). Dans l'arrêt Allary (28 novembre 1890, p. 880) 4^e lot du chemin de fer de Guéret à Saint Sébastien, l'Administration reprochait à l'entrepreneur de « n'avoir pas exécuté malgré ordres de service et mise en demeure, un certain cube de déblai dans les tranchées rocheuses n° 8 et 11 ».

L'usage par l'Administration de son pouvoir propre est beaucoup plus net dans une autre série d'arrêts ; on voit alors l'Administration s'immiscer dans la conduite même des travaux.

Ainsi l'Administration peut (24 juin 1892, Dorange Manière et Dequiker, p. 659, infrastructure du 1^{er} lot de chemin de fer de Limoges à Brive par Uzerche), prescrire aux entrepreneurs d'organiser leurs chantiers de manière que l'approvisionnement en moëllons parementés et têtus du Viaduc de la Vienne se fasse à raison d'au moins dix mètres cubes par jour. L'Administration a même ordonné pour les travaux de construction du déversoir de Gargeau (M. des T. P. c / Villetel et Dubosclard, 24 mai 1895, p. 400) un approvisionnement d'un nombre déterminé de mètres

cubes de moëllons sur les chantiers avant tout travail et dans un délai fixé (En fait, le Conseil d'Etat a admis que cette prétention était exagérée, mais dans son principe, elle est licite et normale).

L'Administration peut prescrire, dans un ordre de service, que l'entrepreneur « devra mettre sur ses chantiers 20 ouvriers et construire une maison par semaine » (13 décembre 1889, Aubaret c / M. des T. P., p. 1173, construction de maisons de gardes sur la ligne de chemin de fer de Montauban à Saint-Sulpice) ou bien 10 ouvriers au cassage de pierres et 10 au démontage de la chaussée (16 juillet 1886 Gondrand, p. 643, Cahier des Ponts et Chaussées) ; l'entrepreneur n'a mis que 4 casseurs et 1 terrassier.

Autre exemple, 22 mars 1907, Mallet et Pinard, p. 307, travaux de staff au Palais des Manufactures nationales Exposition 1900 ; il fallait augmenter le nombre des modeleurs comme l'Administration l'exigeait . Un autre entrepreneur (Blanc) aurait dû mettre 10 maçons en chantier comme il était prescrit.

Le Conseil d'Etat affirme donc, d'une manière formelle, le droit de l'Administration de prescrire les mesures nécessaires à l'exécution des travaux. Mais il faut que le maître de l'œuvre ne sorte pas des limites contractuelles et n'exige pas de l'entrepreneur un travail auquel il n'est pas tenu.

L'Administration, en effet, ne peut rien exiger qui soit contraire aux stipulations du marché (23 décembre 1892, Auray, p. 260, travaux dans le port de Douarnenez). Ainsi en est-il si elle ordonne des travaux qui ne devraient pas être exécutés cette année-là (19 juillet 1833, 5^e vol. p. 365, Association syndicale des digues de la Saône et du Doubs c / Dubost), ou bien si les travaux n'étaient pas prévus dans le devis. (14 janvier 1861, Dupont, p. 119).

Spécialement, si un avant-métré n'a pas été soumis au visa et à la signature de l'adjudicataire au moment de la soumission, il ne peut constituer un des éléments obligatoires du contrat (10 décembre 1875, Joret c / Département du Calvados, p. 1003, construction d'un pont en fer sur la Dives à Cabourg).

25 juin 1909, Carretier c / Préfet d'Oran, p. 615 : « Par un ordre de service, l'Administration ne peut ordonner une fourniture presque double de celle prévue au devis, supérieure à la moyenne de celles demandées dans les autres années et alors qu'après la mise en régie, les agents du service vicinal se sont contentés de beaucoup moins » ; (entretien du chemin de fer de grande communication de la Commune de Saint-Cloud, Département Oran, travaux communaux). Il est donc nécessaire que les ordres de service soient conformes aux plans et devis. (3 mai 1895, Veuve Jolivald c / Ville d'Epinal, p. 379 ; 3 juin 1892, M. des T. P. c / Chamailly, p. 532).

Si l'ordre concerne un travail qui n'est pas compris dans l'adjudication, l'entrepreneur n'a pas à l'exécuter. (21 mars 1884. Autixier Malapert et Cie p. 239, chemin de fer de Saint-Jean d'Angely à Niort ; les travaux au delà du piquet 15 + 1 n'étaient pas compris dans l'adjudication, bien qu'ils l'aient été dans l'avant-métré).

L'entrepreneur n'est pas fondé à se plaindre d'un ordre lui prescrivant une rapidité excessive, si cet ordre n'a pas été suivi d'effet (16 juin 1893 Boutaud p. 491, 3^e lot de chemin de fer d'Eygurande à Montluçon). Il se plaindrait au contraire à juste titre, si l'Administration avait exigé de lui un approvisionnement considérable avant tout travail, alors qu'aucune disposition du Cahier des Charges ne l'y autorisait (24 mai 1895, M. des T. P. c / Villetel et Dubos-

clard, p. 450 ; travaux de construction d'un déversoir).

Notons enfin que les malfaçons dont l'Administration se plaint et dont elle réclame la réparation après la réception provisoire, doivent être régulièrement et contradictoirement constatées (14 janvier 1861, Dupont, p. 119 ; construction du pont de Tessy et 10 décembre 1865, Joret c / Département du Calvados p. 1003 ; construction d'un pont en fer sur la Dives à Cabourg).

Nous avons ainsi délimité le pouvoir de l'Administration. Il faut maintenant rechercher les cas où la résistance de l'entrepreneur et son refus d'exécuter les ordres sont excusables et où il doit échapper aux mesures de rigueur.

III. *Inexécution justifiée*

La régie est mal fondée si l'entrepreneur avait de justes motifs pour ne pas se soumettre aux ordres de l'Administration et à ses obligations, tels que nous venons de les définir. Les excuses de l'entrepreneur dérivent toutes de cette idée que l'inexécution matérielle d'un ordre ne peut être sanctionnée que si elle provient d'une faute de l'entrepreneur.

*
* *

a) *Faits postérieurs à la dissolution du contrat.*

Le Conseil d'Etat juge que les mesures de déchéance ne peuvent pas frapper l'entrepreneur si, à l'époque où elles interviennent, le lien contractuel est définitivement rompu.

Il en est ainsi quand l'entrepreneur avait droit à la résiliation de son entreprise. Dans l'affaire héritiers Barthélémy Colson (10 mai 1911, p. 545), l'entrepreneur avait droit

à la résiliation à date du 25 avril 1898, aussi la mise en régie de l'entreprise n'a pu être valablement prononcée le 10 mai 1898 (Cf. 3 mai 1896, *Veuve Jolivald c / Ville d'Epinal*, p. 379 ; la régie est considérée comme irrégulière, mais l'entrepreneur ne recevra pas d'indemnité, parce qu'il a abandonné ses chantiers ; 1^{er} juillet 1914, *Monin c / Ville de Belfort* p. 801, construction d'égout ; l'entrepreneur avait droit à la résiliation, la mise en régie est donc irrégulière. La régie a dépensé 600.000 francs là où la dépense prévue était de 100.000 francs !).

La réception définitive a le même effet. L'entrepreneur est considéré comme ayant définitivement terminé les travaux, le délai de garantie spéciale de l'art. 47 du Cahier est écoulé. Il n'est plus tenu que d'une responsabilité et non pas d'une obligation d'exécuter le travail (Cf. 16 juillet 1913, *Manicardi*, p. 867 ; adduction et distribution d'eau dans la Commune d'Archamps (Haute-Savoie). L'entrepreneur soutenait, à tort d'ailleurs, que la réception définitive avait eu lieu. Il n'y avait eu en fait qu'une réception provisoire, à la suite de laquelle il n'a pas voulu réparer les malfaçons signalées au procès-verbal.

En effet, la réception provisoire ne libère pas l'entrepreneur qui doit exécuter les travaux de parachèvement et réparer les malfaçons signalées dans le procès-verbal de réception provisoire, sous peine d'encourir toutes les mesures de déchéance. C'est là un point certain en jurisprudence (29 décembre 1916, *Bové et Plumeré* p. 588 *Cahier du 16 février 1892*, les travaux d'achèvement et de mise en état d'exploitation d'une voie ferrée sont des travaux de parachèvement qui incombaient à l'entrepreneur ; 9 mai 1896, *Rivallier* p. 384, 3^e lot de chemin de fer de Chalon-sur-Saône à Roanne ; l'entrepreneur était invité à mettre les

travaux en état de réception définitive ; 26 février 1840, Servay et Déculant c / M. des T. P. p. 62 ; construction de route départementale ; il n'a été procédé qu'à une réception provisoire, où il a été constaté que divers ouvrages supplémentaires devaient être exécutés par les entrepreneurs ; 28 février 1896, Girard, p. 205, chemin de fer de Champagne à Morez ; l'entrepreneur n'a procédé qu'avec une lenteur extrême aux travaux de parachèvement nécessaires pour mettre la ligne en état de réception, il s'est refusé d'une manière persistante à exécuter ces travaux et à réparer des malfaçons régulièrement constatées. A plus forte raison, l'Administration peut-elle mettre en régie quand la réception provisoire n'a pas encore eu lieu. C'est le cas général ; 8 février 1895 Benart et Tabarant, p. 138 chemin de fer.

* * *

b) *Cas fortuits et de force majeure. Imprévision.*

1. Définition.

L'entrepreneur ne doit pas être déchu, si c'est un événement fortuit ou de force majeure, ou quelque circonstance imprévisible qui l'a empêché de tenir ses engagements ou d'exécuter un ordre.

La meilleure définition de la force majeure, nous paraît être celle de Vinnius : « Omne quod humani cœptu praevideri non potest, ne cui praeviso potest resisti ».

L'imprévision est, selon M. Duguit « tout événement indépendant de la volonté des parties, qui apporte à leur situation respective une modification, imprévisible au moment où le contrat a été conclu ».

Pour définir le « cas fortuit », on se heurte à une difficulté grave, la question de savoir s'il est distinct du « cas de force majeure », ou s'il se confond avec lui.

Le Code civil paraît bien voir là deux notions différentes. L'art. 1148 décide qu'il n'y a pas lieu à dommages intérêts, lorsque le débiteur a été empêché « par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure ». Pourtant les auteurs et les arrêts sont restés longtemps sans faire de distinction, employant, au hasard, les deux formules, tantôt ensemble et parfois séparées.

Vers la fin du siècle dernier, la doctrine tend à une distinction, sans d'ailleurs entraîner la jurisprudence. (Paris, 13 novembre 1903, D. 1904-2-73, et la note de M. Ambroise Colin).

Pour Exner¹ et M. Thaller², le cas fortuit serait intérieur à l'exploitation et ne libérerait pas le débiteur, à la différence de la force majeure, qui, elle, est un fait extérieur. Pour prendre des exemples dans le cadre des Travaux Publics, l'explosion d'une chaudière serait un « cas fortuit », la crue d'une rivière un cas de force majeure.

L'opinion de M. Josserand³ est assez voisine. Pour lui, créancier et débiteur sont deux adversaires qui se meuvent dans un cercle.

La force majeure est un fait étranger à la personne du débiteur, une force du dehors qui fait irruption dans le cercle des deux adversaires. M. Josserand donne ces exemples : tempête, inondation, invasion, brigandage, émeute, révolution, état de guerre, fait du prince, fait des tiers.

Le cas fortuit est un événement imprévu qui se produit à l'intérieur de l'entreprise, du « Cercle obligatoire ». Exemples : l'incendie, l'éclatement d'une chaudière. Le cas fortuit ne libère pas le débiteur.

Il ne faut d'ailleurs pas exagérer la rigueur de cette

1. *La responsabilité dans le contrat de transport*, trad. Ed. Seligmann, 1892.

2. *Traité élémentaire de droit commercial*.

3. *Cours de Droit positif français*, t. II, n°. 451 et 452.

distinction. Comme le fait remarquer M. Josserand, la force majeure peut être assortie d'une faute du débiteur et perdre son caractère libératoire. Le cas fortuit peut être déterminé par un événement extérieur (incendie allumé par la foudre). Il devient un cas de force majeure.

Dans sa note sous l'arrêt du 13 novembre 1903 (D. 1904-2-73), M. Ambroise Colin s'élève contre ce critérium d'extériorité.

Pour lui, la force majeure est une force irrésistible, un « acte de Dieu », un obstacle absolu et plus fort que toute action concevable dans le domaine juridique.

Le cas fortuit est, lui aussi irrésistible, mais pas de façon absolue. Tel débiteur ne peut lui résister, tel autre, au contraire le surmonterait. C'est donc une notion relative.

La même idée est soutenue par MM. Colin et Capitant ¹. Les auteurs font d'ailleurs remarquer que cette distinction a peu d'intérêt pratique : le débiteur est libéré dans les deux cas. Une exception est fournie par la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail : le patron répond du cas fortuit. Dans le bail à ferme, le fermier supporte les conséquences du cas fortuit, défini comme le font les auteurs.

MM. Planiol et Ripert ², approuvent la jurisprudence qui se refuse à distinguer, au moins dans leurs conséquences le cas fortuit et le cas de force majeure. Les auteurs pensent que ces deux vocables désignent deux conditions, simultanément nécessaires, pour que le débiteur soit libéré. L'événement libérateur doit, en effet être indépendant de la volonté du débiteur (cas fortuit) et constituer pour lui un obstacle insurmontable (force majeure).

1. *Cours élémentaire*, t. II, p. 9, 5^e éd., 1929.

2. *Traité pratique de Droit civil*, t. VI, n^o 382, p. 531 ; *Traité élémentaire*, 10^e éd., 1926, t. II, n^o 231, p. 86.

C'est à l'opinion de MM. Planiol et Ripert que, personnellement, nous nous rallions¹.

2. Cas fortuits et de force majeure.

Quoi qu'il en soit de ces difficultés de définition, de nombreux auteurs et la jurisprudence sont d'accord, nous venons de le voir, pour reconnaître le caractère libératoire des cas fortuits, et de force majeure. Ceux-ci peuvent être classés en faits naturels d'une part et, d'autre part, faits de l'homme et du prince.

Faits naturels.

On reconnaît le caractère de cas de force majeure, aux crues, aux inondations de gravité exceptionnelle et anormale, qui bouleversent les chantiers ou détruisent l'ouvrage (29 septembre 1859. Bouffier, p. 159), à des phénomènes physiques ou chimiques, non encore observés (16 juillet 1930, Ville de Vannes, désagrégation de l'ouvrage par des eaux d'une pureté inconnue jusqu'à ce jour; 23 janvier 186, Many, p. 52, dilatation de voûtes), aux éboulements échappant à toute prévision, aux explosions de gaz, à l'irruption imprévisible des eaux, (24 avril 1874, p. 378; 12 avril 1889, p. 527; 9 août 1889, Daniel; 19 mars 1897 Pagès, p. 234); aux épidémies qui désorganisent le chantiers (25 juin 1909, Carretier c/ Préfet d'Oran), aux gelées exceptionnelles (19 mars 1897, Pagès, p. 243) aux incendies, aux orages et ouragans, aux pluies et neiges de caractère exceptionnel, aux raz de marée, aux tremblements de terre, à la sécheresse.

1. Autres ouvrages traitant cette question : Bourgoïn, *Essai de la distinction du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse, Lyon, 1902, Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse, Paris, 1919; Dufourmantelle, *La force majeure*, 1920.

Enfin l'entrepreneur est excusable s'il refuse d'exécuter des travaux trop périlleux.

Faits de l'homme et du prince.

Bien que la doctrine soit en sens contraire, le Conseil d'Etat décide que l'état de guerre n'est pas un cas de force majeure, au moins en ce qui concerne les entreprises situées hors de la zone des opérations (5 mai 1826, Ministre de la Marine, p. 453) 25 février, Ville de Paris. Nous retrouverons l'état de guerre au paragraphe 4^e ci-dessous, qui traite de l'imprévision.

La grève est un événement de force majeure quand l'entrepreneur ne l'a pas provoquée par sa faute, même légère, et s'il n'a pu la prévoir ou l'empêcher.

L'envahissement des chantiers, le débauchage sont aussi des événements de force majeure, s'ils présentent le double caractère d'être indépendants de la volonté de l'entrepreneur et irrésistibles.

3. Sujétions.

Une simple sujétion n'a d'autre effet que de rendre l'exécution des travaux plus difficile ou onéreuse. Elle ne suffit pas pour libérer le débiteur.

Nous avons déjà signalé les difficultés, souvent très graves, créées par l'état de guerre aux entrepreneurs qui travaillent en dehors de la zone des opérations. Le Conseil d'Etat ne veut y voir que des sujétions.

Même décision pour des travaux difficiles, mais pas périlleux (24 décembre 1909, Zotier, p. 1019).

Les difficultés, même considérables, d'exécution sont elles aussi, de simples sujétions (5 août 1892, Besse c/ Préfet du Var, difficulté d'extraction des matériaux ; 26 juin 1892, Dorange, Manière et Dequicker, extrême pauvreté des

carrières, difficulté de recruter de la main d'œuvre en raison de l'ouverture simultanée de nombreux chantiers dans une région ; 29 juin 1950, Lévy, p. 636, arrêt de la navigation sur un canal quand le chantier peut être approvisionné par terre ; 14 décembre 1917, Dezolen)

4. Imprévision.

Bien que les sujétions ne libèrent jamais le débiteur, le Conseil d'Etat en tire des conséquences favorables à l'entrepreneur quand elles présentent le double caractère d'avoir été imprévisibles au moment de l'Adjudication et d'avoir bouleversé les conditions économiques du contrat.

Nous insisterons peu sur cette théorie, étudiée, notamment par M. A. Mestre dans une série d'articles très remarqués, du *Génie Civil* et par M. Desjonquières (Thèse, Paris, 1926).

Cette théorie est récente. La première application est le célèbre arrêt Gaz de Bordeaux (24 mars 1916, p. 125). Pendant quelques années le Conseil d'Etat, tout en l'appliquant aux concessionnaires de services publics, en refusait le bénéfice aux entrepreneurs dont les marchés avaient été bouleversés par la guerre et les phénomènes économiques qu'elle avait entraînés. On estimait en effet, que l'entrepreneur était suffisamment protégé par l'art. 33 du Cahier des Clauses et Conditions Générales, qui lui accorde la résiliation de son marché, en cas de hausse anormale des prix. (11 juillet 1923, Morelli, *Rec.* p. 563).

Mais la hausse des prix n'était pas pour l'entrepreneur la seule source de préjudice. La raréfaction de la main-d'œuvre, la mobilisation des spécialistes, la difficulté des approvisionnements faisaient s'écrouler les rendements des chantiers. Aussi le Conseil d'Etat revint-il, à juste titre sur sa jurisprudence primitive (30 octobre 1925, Mas Gayet, p. 835 ; 28 avril 1926, Perpérot, p. 424).

Le Conseil d'Etat s'est toujours borné à accorder à l'entrepreneur une indemnité, qui d'ailleurs n'est pas totale¹.

Le rôle du juge est, selon une note de la *Gazette du Palais* du 22 janvier 1929 (p. 207 sous Conseil de Préfecture Seine; 26 décembre 1928).

a) « de rechercher les limites extrêmes des majorations
« de dépenses que les parties ont pu envisager lors de la
« passation du contrat » ;

b) « d'évaluer, au cas où ces prix limites ont été dépassés,
« les conséquences onéreuses résultant des conditions ex-
« ceptionnelles » ;

c) « d'arbitrer la portion de ces conséquences onéreuses
« que l'interprétation raisonnable du contrat permet de
« laisser à la charge de l'entrepreneur ».

La question ne s'est jamais posée, en fait, de savoir si des circonstances imprévisibles au sens de la jurisprudence, peuvent servir d'excuse à un entrepreneur déchu, et faire déclarer irrégulière la mesure dont il aurait été frappé.

Cela ne nous paraît pas douteux. De même, si la jurisprudence n'a, jusqu'à ce jour, appliqué cette théorie qu'aux conséquences de la guerre ou d'événements politiques graves (occupation de la Ruhr), il ne paraît pas douteux que l'imprévision puisse s'étendre à des circonstances d'origine quelconque.

5. Preuve.

C'est, bien entendu, à l'entrepreneur qu'il incombe de prouver, soit la force majeure, soit l'imprévision (3 juin 1892, Commune d'Aïn-Tagrout c / Rigal, p. 532).

1. A la différence du Conseil d'Etat, les Tribunaux de l'ordre judiciaire ont toujours refusé d'admettre la révision du contrat (Paris, 21 décembre 1916 D. 1917.2.33, et la note de M. Capitant).

* * *

c) *Délai exagérément court, travaux ordonnés à une époque défavorable.*

L'entrepreneur n'est pas en faute si le travail n'était pas réalisable dans le délai ou au moment fixé par l'Administration.

Ainsi jugé dans l'affaire Avon (6 mars 1874, p. 235). Il s'agissait de démolir une digue de la Garonne. Le travail n'était possible dans les conditions du marché que lorsque le niveau du fleuve se maintenait à un mètre au-dessus des plus basses eaux. L'Administration prétendit voir travailler à une époque où le niveau moyen était de 2 mètres au-dessus de l'étiage. Cette prétention fut censurée par le Conseil d'Etat.

Divers exemples de délais insuffisants impartis pour exécuter un ordre, sont fournis par les arrêts (Martin 9 avril 1868, Fabre, 29 juin 1869, Comm. de Chissey c / Himbert, 8 août 1895, p. 663).

Au contraire, dans d'autres cas, l'entrepreneur n'établit pas que le délai était insuffisant (22 mars 1907, Mallet et Pinard, p. 307). Parfois, l'Administration ne fixe pas, à proprement parler, un délai, mais impose une cadence au travail. Celle-ci doit également être raisonnable (1^{er} juin 1894, Varangot, p. 378). Il était prescrit de construire, par jour 500 mètres de batardeau destiné à la démolition de la partie immergée du quai de l'Archevêché. Les experts ont jugé cette cadence impossible à réaliser.

* * *

d) *Faute de l'Administration :*

Lorsqu'il y a une faute positive de l'Administration, il y

a lieu d'examiner si cette faute justifie le manquement de l'entrepreneur aux obligations qu'il a contractées et aux ordres qu'il a reçus. Le Conseil d'Etat se montre d'ailleurs très difficile et n'admet comme excuse qu'une faute grave et capable de paralyser l'entrepreneur.

Si l'une de ces deux conditions n'est pas remplie, l'entrepreneur a peut-être droit à une indemnité, mais il doit pourtant exécuter ce qu'on lui a prescrit. S'il s'y refuse, il peut être mis en déchéance.

1. Retards de l'Administration. Plans défectueux.

Il y a faute de l'Administration lorsque les plans de l'architecte sont défectueux, par exemple, 19 février 1857, Laborie, p. 152 « les dégradations du mur de soutènement du palais épiscopal sur la vieille route de Bordeaux proviennent de ce que, par suite d'ordres exprès de l'architecte, les murs ont eu une épaisseur insuffisante » ; l'entrepreneur n'a pas à les réparer, 1^{er} février 1911, Durieu p. 121 ; 14 décembre 1888, Ville de Landrecies c / Bailleul, p. 977. L'effondrement des voûtes d'un réservoir a été la conséquence d'un vice de plan dont la responsabilité n'incombe pas à l'entrepreneur, on ne peut donc pas lui reprocher l'interruption des travaux et la mise en service tardive de l'ouvrage ; 20 février 1896, Langlade, 178 ; 29 juin 1869, Fabre, p. 653 ; 15 janvier 1891, Moreau Frères c / Ville de Joigny, construction d'un marché couvert, retard dans la remise des dossiers et modifications du plan des pignons. A plus forte raison en est-il ainsi, si l'Administration n'a pas livré les dessins d'exécution (8 août 1884, Biard, p. 797 ; Blanc 2 juin 1867, p. 517 ; 11 novembre 1887, Prévoist c / Pas de Calais, p. 705, pas d'indication des bois de charpente).

Les modifications importantes du projet qui a servi de base à l'adjudication, surtout quand elles s'accompagnent de remaniements successifs du plan et des dessins, sont également une excuse pour l'entrepreneur (20 février 1869, Langlade, p. 178). Encore faut-il qu'il y ait une modification réelle (Cf. 7 juin 1878 Pianelli p. 549 ; l'entrepreneur soutenait que l'Administration aurait dû lui prescrire des cylindrages, alors qu'elle n'y était nullement tenue).

L'éloignement de l'architecte et l'organisation défectueuse du service d'architecture qui auraient justifié, au moment de la mise en régie, une demande de résiliation de la part de l'entrepreneur, sont aussi des éléments d'excuse pour l'entrepreneur, de nature à être admis par le Conseil d'Etat (Cf. Langlade).

La faute de l'Administration est encore caractérisée, s'il n'a pas été possible à l'entrepreneur de prendre possession en temps utile de son chantier (par exemple si l'Administration n'a pas livré en temps utile les terrains qu'elle devait exproprier ; 25 février 1887, Foy p. 138 ; Fresnet, 17 juillet 1874, p. 693 ; Demonet 11 décembre 1874, p. 285 ; 20 juillet 1877, Commune de Martigues c / Barney, p. 727 construction du canal de Martigues, ou si le chantier a été encombré par d'autres travaux par suite d'une mauvaise organisation imputable à l'Administration (16 février 1894 Ville d'Agen c / Chaumeil et Verdier, p. 145 ; les entrepreneurs du travail de terrassement du Lycée d'Agen ont été arrêtés, de l'avis unanime des experts, par l'encombrement des terrains à remblayer et l'impossibilité où s'est trouvée la Ville, par suite des dispositions défectueuses prises par l'architecte, d'assurer l'exécution simultanée des travaux de maçonnerie confiés à un autre entrepreneur ; 12 juillet 1920, Frappier et Benoist, p. 701. Frappier n'a pu exé-

cuter les travaux de ciment armé de l'hôtel des services électriques de la région de Paris, en raison de la présence des maçons. L'architecte n'avait pas pris les mesures nécessaires, malgré les réclamations de Frappier).

2. Agissements coupables de l'Administration.

L'entrepreneur est excusable de ne pas avoir un nombre suffisant d'ouvriers, si ceux-ci ont été détournés par les ingénieurs (9 avril 1873, Pinchon, p. 233).

Bien entendu, la faute de l'Administration est bien plus évidente encore si, comme dans l'affaire Polge (6 août 1887, p. 664, construction d'un pont sur un torrent), il résulte de l'instruction que le magasin contenant le matériel de l'entrepreneur a été ouvert violemment hors de sa présence et de celle de son représentant, par les agents du service vicinal, qui sont restés détenteurs des outils et bois de cintres approvisionnés.

Il faut encore que l'entrepreneur ait éprouvé une gêne. Ainsi a-t-il pu être jugé que l'absence de certains plans ou états n'avait causé aucune gêne à l'entrepreneur (27 juillet 1874, héritiers du sieur Auboyer p. 520, chemin de fer; 28 novembre 1890, Allary, p. 880, 4^e lot de chemin de fer de Guéret à Saint Sébastien; 18 mai 1898, Vermandon c / Département de la Seine, p. 465. Route départementale. Dans cette dernière espèce notamment, l'entrepreneur a reconnu que la remise tardive de plans n'avait pas empêché les travaux de se poursuivre).

L'entrepreneur serait régulièrement mis en régie s'il n'a pas tenu compte d'une modification qui lui avait été notifiée en temps utile pour ne pas entraver la marche des travaux (4 mai 1877, Blanc c / Département de la Corse, p. 429).

Il ne peut pas davantage se plaindre d'un retard à livrer les terrains, si ce retard n'a rien d'excessif, alors surtout qu'il était prévu lors de la mise en adjudication (13 avril 1883, Saignes c / Département du Tarn et Garonne, p. 344) De même, il ne peut invoquer qu'on ait substitué une carrière à l'autre, alors que c'est lui qui l'a demandé (même arrêt, construction d'une route départementale).

Par contre, l'entrepreneur n'encourt pas de déchéance, s'il n'exécute pas un travail quand le mode de réalisation qui lui est imposé est déraisonnable. L'entrepreneur ne peut pas en effet modifier le procédé qu'on l'oblige à utiliser (par exemple 1^{er} juillet 1914, p. 801, Monin c / Ville de Belfort, construction d'un égout. Il était prescrit d'employer des moules à coquilles. La difficulté était telle que le régisseur a procédé par moulage direct, c'est-à-dire par la méthode que l'Administration avait reprochée à l'entrepreneur).

3. Retard dans le versement des acomptes.

Une des obligations de l'Administration est de verser des acomptes à l'entrepreneur, à des époques fixées et suivant l'avancement des travaux. Les réclamations, sur ce point, sont très fréquentes. Une résistance aux ordres administratifs de la part de l'entrepreneur, est-elle justifiée en cas de non paiement des acomptes ?

Il faut d'abord que les acomptes soient réellement dûs. (20 février 1896, Langlade. p. 128, construction du Lycée de Foy, le Conseil a estimé les retards exagérés ; solution contraire : 15 février 1896, Ville de Nantes c / Guyot, p. 160 ; 5 août 1892, Besse c / Préfet du Var, p. 68 ; 27 juillet 1894, héritiers du sieur Auboyer, p. 520 ; 28 mai 1897, M. des T. P. c / Abougit et Clair, p. 429. Dans cette dernière affaire, les acomptes avaient été versés « à peu près réguliè-

rement » ; Blanc c / Département de la Corse, 4 mai 1879, p. 429).

En principe, le retard dans le paiement des acomptes ne permet pas à l'entrepreneur de demander la résiliation et n'est pas suffisant pour rendre une mise en régie irrégulière. C'est la solution de l'arrêt du 1^{er} août 1902, Meunier c / le Préfet des Pyrénées-Orientales, p. 610, (construction d'un pont sur le Tech, pour un chemin de grande communication).

Mais, dans d'autres arrêts, le Conseil d'Etat a estimé que certaines mesures de rigueur étaient injustifiées, car le retard des paiements de l'Administration avait mis l'entrepreneur « dans l'impossibilité de continuer les travaux » (1^{er} février 1911, Durieux, p. 121). Jugé de même dans l'affaire Langlade (2 février 1846, p. 128, construction du Lycée de Foy). Mais ce n'est jamais le retard dans le mandatement des acomptes, c'est la paralysie qui en résulte, qui peut excuser l'entrepreneur (16 janvier 1874, Gautier p. 62, Route nationale d'Alger à Oran).

La charge de la preuve incombe d'ailleurs à l'entrepreneur (15 juin 1883, Mondielli, p. 576).

Cette solution est extrêmement rigoureuse. L'entrepreneur impayé doit aller à la limite de ses ressources de trésorerie. C'est lui demander de travailler dans des conditions défavorables, lui imposer un fonds de roulement disproportionné à son chiffre d'affaires, et l'empêcher dans bien des cas, de soumissionner d'autres travaux. Cette jurisprudence est pourtant bien d'accord avec l'esprit des Cahiers. On doit la rapprocher de l'art. 49 qui refuse à l'entrepreneur tout intérêt sur les sommes qui lui sont dûes, sauf s'il n'a pas été payé entièrement, dans les trois mois qui suivent la réception définitive, soit quinze mois après l'achèvement des travaux.

Le retard dans le paiement des acomptes ou même la retenue irrégulière de certaines sommes ne justifient jamais un abandon des chantiers. Dans ce cas, le Conseil d'Etat ne recherche même pas si les retenues étaient légitimes et les acomptes impayés (28 novembre 1890, Allary p. 880, 4^e lot de chemin de fer de Guéret à Saint-Sébastien ; 12 janvier 1872, Guernet c / Département des Landes, p. 57 ; 29 janvier 1904, Audent et Sombrail c / Ministre de l'Intérieur, p. 74 ; 26 janvier 1904, sieurs Calmet et Sombrail c / Ministre de l'Intérieur p. 74 ; travaux confortatifs du barrage de Hamiz (Algérie).

Du retard dans le paiement des acomptes, il faut rapprocher la lenteur de l'Administration à réajuster des prix qui sont insuffisants. Il faut que l'entrepreneur exécute les travaux, quitte à demander une augmentation de prix (Cf. 11 mai 1900, Ville de Toulon c / Sieur Mille p. 342) ; l'entrepreneur a été mis en régie, bien qu'il ait continué les travaux ; il obtient la résiliation qu'il demandait, ainsi que la décharge des conséquences de la régie. Cf. 13 mai 1889, Sognot et Motte c / Ministre de la Justice, p. 504).

5. Ordres de service abusifs.

L'entrepreneur ne peut abandonner ses chantiers sous aucun prétexte, même s'il est en présence d'ordres de service irréguliers et qui violent son marché (3 juin 1892, Commune d'Aïn-Tagrout c / Rigal p. 532 ; 23 décembre 1892, Auray, p. 760).

L'arrêt Auray est extrêmement rigoureux et semble bien poser un principe. A la suite d'ordres de service et d'arrêtés de mise en demeure qui lui enjoignaient de conduire les travaux dans des conditions qu'il jugeait contraires aux sti-

pulations de son marché. Auray ferma ses chantiers et demanda la résiliation de son entreprise. L'Administration prononça la mise en régie, puis ordonna la réadjudication des travaux à la folle enchère. Le Conseil d'Etat a estimé qu'en supposant que les ordres donnés fussent de nature à aggraver les charges de l'entreprise, et à occasionner des pertes de temps et des dommages, il appartenait au sieur Auray de faire valoir ses droits à une indemnité à raison du préjudice invoqué, mais il n'était pas fondé à abandonner ses chantiers en réclamant la résiliation de son marché. Le Conseil d'Etat n'admet donc pas d'excuse à l'abandon des chantiers.

6. Mesures de rigueur prises bien que l'entrepreneur ait obéi aux ordres qui lui avaient été donnés.

Il est évident, mais cela a dû être néanmoins jugé, qu'aucune mesure de rigueur n'est possible, quand l'entrepreneur se soumet à l'ordre de service, aux injonctions de la mise en demeure (16 janvier 1874, Gauthier p. 62 ; 3 mars 1893, Thévenot, p. 214). Même si l'entrepreneur a fait des réserves sur les conséquences des ordres de service (10 décembre 1875, Joret c / Département du Calvados, p. 1003).

CHAPITRE II

EFFETS DU RECOURS DE L'ENTREPRENEUR

GÉNÉRALITÉS ET PLAN. — Le recours de l'entrepreneur, peut, nous l'avons vu, tendre à faire reconnaître une irrégularité de fond, de forme ou simplement à critiquer le décompte et à contester le règlement proposé par l'Administration.

Selon son objet, le recours aura, en cas de succès, des effets différents, que nous étudierons en deux sections :

- I. Les effets du recours contre le décompte,
- II. Les conséquences de l'irrégularité de la déchéance.

Section Première

Mesures de déchéance régulières

a) *Contestation portant sur le décompte des travaux.*

1° *Décompte de régie.*

En principe dans le cas de mise en régie l'entrepreneur doit payer la totalité des dépenses de la régie (voir page 75 « Le compte de régie »). Encore faut-il que le compte soit exact et ne comprenne que des dépenses régulièrement engagées et nécessaires à la bonne marche des travaux qui

incombent à l'entrepreneur. Celui-ci doit pouvoir le vérifier et cela suppose pour lui le droit de suivre les opérations de la régie. Si l'accès des chantiers lui est interdit, l'entrepreneur doit être exonéré des conséquences onéreuses de la déchéance.

Dans l'arrêt Saignes c / Département du Tarn-et-Garonne (13 avril 1883, p. 344), sans donner raison, en fait, à l'entrepreneur, le Conseil d'Etat rappelle ce principe que l'entrepreneur mis en régie n'a pas à supporter un accroissement de dépenses imputable au régisseur, s'il n'a pas été à même de surveiller les travaux.

L'entrepreneur peut demander la censure de toute irrégularité et de tout double emploi dans le compte de régie (8 mai 1896 Rivallier p. 384, 4^e lot de chemin de fer de Chalon-sur-Saône. En fait, dans cette espèce, les comptes de la régie ont été déclarés exacts).

L'entrepreneur ne doit pas supporter les dépenses de personnel inutile, ni le prix excessif de fournitures commandées à des prix trop élevés (13 mars 1913, Quynin et Picatier c / Comm. de Bordes, p. 361). Ce sont les états nominatifs régulièrement dressés par l'ingénieur ou l'architecte qui servent de base à l'établissement du compte de régie et le Conseil d'Etat s'en tient au chiffre de l'Administration, sauf irrégularité démontrée par l'entrepreneur, auquel incombe la charge de la preuve (28 décembre 1900, Fournier c / Hospices civils de Marseille, p. 862). Celui-ci doit par exemple démontrer que c'est une faute du régisseur qui a amené les dépenses de la régie à dépasser le montant du détail estimatif. Dans l'affaire Auray (24 mai 1901, p. 516) il résultait du rapport des ingénieurs que c'est la façon dont l'Administration a conduit les travaux qui a rendu la régie onéreuse. « En conséquence c'est à tort qu'une somme de 6.685 francs 16 centimes a été mise à la

charge de l'entrepreneur, comme représentant la différence entre le coût réel des travaux et le montant du détail estimatif diminué des rabais ».

Si l'élévation des dépenses est due à des circonstances étrangères et dont celle-ci n'est pas responsable, l'entrepreneur n'est pas fondé à les critiquer (22 mars 1907 Mallet et Pinard, p. 307, travaux de staff au Palais des Manufactures nationales).

L'entrepreneur sera déchargé des conséquences onéreuses de la régie si, par suite de fautes du régisseur, il peut à bon droit considérer que son contrat a été complètement résilié par le fait de l'Administration.

Il en est ainsi, en particulier, quand le régisseur a passé avec d'autres entrepreneurs des marchés, ayant pour objet l'achèvement de tous les travaux. En effet, on arrive ainsi à une réadjudication de fait irrégulièrement réalisée sans souci, notamment, de la règle de l'identité. Le Conseil d'Etat considère que l'ancien marché est résilié purement et simplement. L'entrepreneur n'a donc plus à supporter les conséquences de la régie. Ainsi jugé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Ville de Nantes c / Guihot (15 février 1895, p. 160).

La mise en régie suppose le maintien du contrat primitif. Il en résulte que si, au cours des travaux, la valeur des ouvrages augmente de plus de un sixième, l'entrepreneur a droit à la résiliation de son entreprise, comme si sa déchéance n'avait pas été prononcée (13 novembre 1896, Ville de Nice c / Armelin, p. 720). Egaleme nt s'il intervient une modification notable dans l'importance d'une nature d'ouvrage et s'il en résulte un préjudice pour l'entrepreneur, celui-ci peut, en vertu de l'art. 32 du Cahier, réclamer une indemnité qui sera inscrite au compte de régie. De même, si pendant l'exécution de la régie, des travaux ont été indû-

ment soustraits à l'entreprise, l'entrepreneur a droit à une indemnité. Ainsi jugé par le Conseil d'Etat dans l'affaire Ville de Nice c / Armelin, 13 novembre 1896, p. 720.

2° Pénalité de folle enchère.

Nous avons vu comment se détermine le montant de l'indemnité due à l'Administration par l'entrepreneur fol enchéri. Cette dette immédiatement exigible, est égale à la différence de deux sommes obtenues en appliquant au total du détail estimatif, d'une part le rabais consenti par l'entrepreneur déchu lui-même, d'autre part le rabais obtenu dans la nouvelle adjudication.

Les contestations ne peuvent donc guère porter que sur la quantité des travaux exécutés avant la déchéance, et sur le règlement de ces travaux.

En outre, si les travaux finalement exécutés étaient inférieurs aux prévisions du détail estimatif, le fol enchéri pourrait réclamer le remboursement partiel de sa pénalisation. Dans ces deux hypothèses, les contestations qui peuvent naître à l'occasion du règlement de compte n'ont rien de particulier. Il s'agit de l'examen d'un décompte définitif pareil à celui qui est dressé et notifié à l'entrepreneur après la réception de toutes les entreprises normalement terminées et le contentieux éventuel ne présente aucun caractère spécial.

3° Délai utile pour introduire la réclamation. — Les réclamations envisagées dans nos deux premiers paragraphes doivent être faites dans les délais fixés par les Cahiers à partir de la notification du décompte, ceci sous peine de forclusion (Cf. 13 décembre 1899, Aubaret c / M. des T.P. 7 juin 1898, Pianelli p. 549 ; 16 juillet 1913, Manicardi, p. 867). Mais la forclusion n'est pas encourue dans le cas

où l'entrepreneur a présenté, avant la notification du décompte, une réclamation d'un montant supérieur (15 juin 1883, Mondielli et Mayence, p. 575).

Rappelons qu'il appartient à l'Administration d'établir que l'entrepreneur a eu connaissance du décompte plus de 20 jours avant sa réclamation et de prouver la forclusion. (même arrêt).

La réclamation est encore irrecevable si l'entrepreneur a acquiescé ou reconnu l'exactitude du décompte, par exemple, en signant sans réserve des pièces de comptabilité (26 novembre 1846, Gardia ; 29 novembre 1853, Darfeuille).

Mais cette fin de non recevoir n'est pas automatique et le Conseil d'Etat se réserve d'apprécier le prétendu acquiescement de l'entrepreneur (18 mars 1896. Fauril, p. 262, 2^e espèce). Par ailleurs il résulte du principe même des recours ouverts à l'entrepreneur dans notre matière, que celui-ci ne peut agir avant la notification du compte de régie. L'entrepreneur ne peut prétendre au paiement des travaux faits par lui et au remboursement de son cautionnement, avant la liquidation des comptes (23 décembre 1822 Auray, p. 960).

* * *

b) *Matériaux*

Il doit être tenu compte à l'entrepreneur des matériaux laissés par lui au moment où il a été déchu, à condition que ces matériaux aient été acceptés par l'Administration (3 juin 1892 M. des T. P. c / Chamally p. 523, amélioration de la route 19 dans la traversée de Pont-sur-Saône). C'est l'inventaire qui détermine les quantités de matériaux repris par l'Administration. Si cet inventaire est contra-

dictoire, spécialement quand il est intervenu entre le régisseur et l'entrepreneur, ce dernier n'est pas fondé à réclamer le prix des matériaux qui auraient été omis (4 avril 1879, Bouchet, p. 299).

Si l'inventaire n'est pas contradictoire ou s'il est irrégulier, il pourra être complété par tout document (28 février 1873, Doumer, p. 207). En outre, tous les matériaux en stocks sont présumés repris. Ainsi dans l'arrêt du 21 juillet 1899 (Préfet des Hautes Alpes c/ Chaumeton frères, p. 554 ; Construction du Chemin vicinal de grande communication n° 3 et d'une baraque militaire du Col de Galibier), les Communes intéressées, qui au moment de la mise en régie, n'ont pas fait procéder à l'inventaire de la chaux et du ciment approvisionnés par l'entrepreneur, en doivent le prix à ce dernier.

L'Administration est toujours libre de ne pas prendre les matériaux approvisionnés par l'entrepreneur si ceux-ci ne sont pas en état d'être reçus. Si au contraire ils sont acceptables, il y aurait pour elle une faute grave à ne pas les employer, dans la mesure où ils sont nécessaires.

*
* *
*

c) *Matériel*

Le régisseur, le réadjudicataire, peuvent employer le matériel de l'entrepreneur déchu. Ce matériel doit être restitué en fin de travaux. L'Administration restituera le matériel décrit par les inventaires établis au moment de la déchéance. Mais il appartient au Conseil d'Etat d'examiner les omissions ou les erreurs qui l'auraient pu être commises dans les inventaires (9 avril 1868, Martin p. 401).

Si l'inventaire du matériel est irrégulier, on le complète par

tous documents susceptibles de le redresser (28 février 1873, Daumer, p. 207 ; Voir aussi Bouchet, 4 avril 1899 p. 299).

Pendant tout le temps que dure la régie, l'entrepreneur n'a droit à aucun loyer pour son matériel. Il ne peut réclamer aucune indemnité pour usure normale. (15 avril 1858 Sarrat, p. 307 ; 28 juin 1889, M. des T. P. c / Freyssinet p. 810).

L'entrepreneur n'a pas le droit de reprendre son matériel, qui doit rester à la disposition du régisseur (23 décembre 1872, Auray, p. 960).

Par ailleurs, en aucun cas, l'Administration n'est obligée de racheter le matériel de l'entrepreneur. C'est ce qui résulte du texte même du Cahier des Clauses et Conditions Générales (28 juin 1889, M. des T. P. c / Freyssinet p. 810 art. 43, Chemin de Fer).

Le Conseil d'Etat a nettement précisé sa jurisprudence dans l'arrêt Bouchet.

Si, par la faute du régisseur ou de l'Administration le matériel a été détourné, s'il a subi une usure anormale, s'il est avarié, l'entrepreneur recevra une indemnité. (23 décembre 1892, p. 260 ; 24 mai 1901, p. 516).

Le Conseil d'Etat s'en remet ordinairement à des experts pour apprécier la gravité des détériorations et proposer une indemnité.

L'Administration est en faute si elle emploie sur d'autres travaux le matériel de l'entrepreneur déchu (28 juin, M. des T. P. c / Freyssinet, p. 810).

L'entrepreneur a encore droit à une indemnité si l'Administration a retenu le matériel au delà du temps nécessaire (Quyntin et Picatier c / Commune de Bordes, 13 mai 1911, p. 361). Cette indemnité moratoire est décomptée à dater de la fin de la régie (31 décembre 1896) ou d'une sommation de l'entrepreneur à l'Administration (20 octobre 1900).

Section II

Mesures de déchéance irrégulières

Nous avons déjà montré, à mainte reprise, que le recours de l'entrepreneur est un recours « a posteriori ».

L'entrepreneur ne peut faire annuler les mesures prises contre lui, mais il obtient la décharge des conséquences onéreuses de ces mesures et, éventuellement, une indemnité. La réparation accordée par le Conseil d'Etat est toujours uniquement pécuniaire.

Il nous reste à préciser, dans le cas d'une mesure de déchéance irrégulière en la forme, ou au fond, ou bien à ces deux titres, quel dédommagement l'entrepreneur peut espérer.

Bien entendu, l'entrepreneur réclamera :

- 1° La décharge des conséquences onéreuses de la mesure de déchéance.
- 2° Une indemnité des différents préjudices subis.

* * *

1° *Décharge des conséquences onéreuses de la déchéance.*

L'entrepreneur est toujours déchargé des conséquences onéreuses de la déchéance. Ainsi, dans le cas de folle enchère, il n'aura pas à payer la différence entre le prix obtenu à la nouvelle adjudication et celui de son propre marché. Il n'aura pas à supporter les dépenses exposées par la régie. On est ainsi tenté d'écrire qu'une déchéance irrégulièrement prononcée se résout toujours en résiliation pure et simple, quelle que soit la mesure définitive que l'Administration ait choisie. Ce serait là la conséquence logique du principe de l'exonération, mais nous verrons qu'en cas de

simple vice de forme, l'Administration est autorisée à se servir gratuitement du matériel de l'entrepreneur.

Ce dernier contribue ainsi, dans une certaine mesure, aux frais d'achèvement des travaux.

Dans tous les cas, et à cette seule exception près, il est aujourd'hui acquis que l'entrepreneur irrégulièrement déchu ne peut être en rien recherché, à l'occasion des travaux exécutés sans son intervention.

Cette solution simple n'a pas été acquise sans controverse, mais elle est certaine depuis un arrêt rendu le 23 avril 1840.

Dans cette espèce, le vice de forme avait été reconnu par un arrêté du Conseil de Préfecture, qui n'avait pas été frappé d'appel par l'Administration. Restait à liquider l'affaire, et l'intérêt était relativement élevé, puisque le régisseur avait dépensé 8.284 francs 54 pour exécuter les travaux adjugés à 4.068 francs 34, compte tenu d'un rabais de 20 % consenti par l'entrepreneur.

L'Administration essayait, par un biais, d'éluder les conséquences de l'irrégularité qu'elle avait commise. Elle soutenait que la dépense supplémentaire avait pour origine une faute de l'entrepreneur et que celui-ci devait la supporter. Ce système, inadmissible puisqu'il revenait à maintenir dans son entier une mesure irrégulière, n'avait pas été retenu par le Conseil de Préfecture, mais ce tribunal n'avait pas voulu aller jusqu'à l'exonération complète. Il avait, en effet, remarqué d'une part, que l'entrepreneur avait soumissionné à un prix insuffisant. L'exonération rendait donc pour lui la mesure de déchéance très avantageuse, puisqu'elle lui évitait une perte. D'autre part, les retards de l'entrepreneur avaient amené l'Administration à exécuter les travaux à une époque de l'année très défavorable, Aussi le Conseil de Préfecture avait-il cherché une

solution équitable, et laissé à la charge de l'entrepreneur la perte qu'il aurait du subir en terminant les travaux. Il avait aussi reconnu à l'Administration le droit d'être indemnisée, puisqu'elle avait dû terminer l'ouvrage en mauvaise saison.

Ce jugement du Conseil de Préfecture avait été accepté par le Ministre, mais l'entrepreneur porta l'affaire devant le Conseil d'Etat. Celui-ci estima qu'une déchéance irrégulière en la forme valait résiliation pure et simple, que l'entrepreneur devait être traité comme s'il n'avait jamais été adjudicataire des travaux exécutés postérieurement et qu'on ne pouvait donc pas le rechercher à leur sujet.

Depuis cet arrêt, le principe de l'exonération n'est plus contesté ; il s'applique chaque fois qu'une déchéance a été prononcée irrégulièrement, qu'elle soit viciée au fond, ou seulement dans la forme.

* * *

2º Indemnité pour les divers préjudices.

L'entrepreneur irrégulièrement frappé ne peut, en général se contenter de la seule exonération étudiée au paragraphe précédent. Il a subi de nombreux préjudices et doit en être indemnisé. On pourrait être tenté de diviser cette étude et de traiter séparément la sanction d'un vice de fonds et celle d'une simple irrégularité de procédure. En effet, l'entrepreneur injustement déchu obtient en général une indemnité que les tribunaux refusent à celui qui a été frappé à bon droit d'une mesure irrégulière dans la forme seulement. En réalité, cette distinction n'est qu'apparente et la jurisprudence se réclame toujours de cette idée, qu'une indemnité n'est due que lorsqu'il y a eu préjudice. La néces-

sité d'un préjudice est inscrite dans un nombre considérable d'arrêts rendus les uns à l'occasion de mesures abusives, les autres de déchéances simplement irrégulières. Dans le premier cas, le tribunal retient souvent le préjudice. Au contraire, une déchéance méritée, mais irrégulière dans son application, ne cause à l'entrepreneur aucun préjudice, puisqu'il a commis une faute de gravité suffisante pour justifier la mesure prise contre lui et s'exposer à toutes ses conséquences. Les décisions du Conseil sont donc fondées sur des motifs de fait et pas sur une prétendue règle théorique. D'ailleurs, il est des espèces où toute indemnité fut refusée à des entrepreneurs irrégulièrement frappés, mais qui n'avaient pas subi de préjudice, car la mesure prise contre eux n'avait pas été appliquée (22 juillet 1898, Chevalier p. 572 ; Villetele / M. des Travaux Publics, 24 mai 1894, p. 450).

Cette règle : « pas d'indemnité sans préjudice », est inscrite avons-nous dit, dans bien des arrêts : 25 juillet 1873, Noël, p. 696. Les travaux ont été réadjudugés irrégulièrement. L'entrepreneur qui n'avait pas encore ouvert ses chantiers, n'a pas subi de préjudice ; 4 avril 1879, Bouchet, p. 299. La déchéance est viciée dans sa forme. En effet l'arrêté de mise en demeure annonçait l'organisation d'une régie provisoire et l'Administration a négligé cette phase. L'irrégularité n'a pu causer un préjudice à l'entrepreneur, dont les attermoiements justifiaient la déchéance.

3 mars 1893, Thévenet, p. 214, l'entrepreneur avait satisfait aux injonctions d'une mise en demeure. La déchéance avait été prononcée en raison de fautes ultérieures, mais sans que la mise en demeure fût renouvelée. Cette déchéance irrégulière mais méritée, n'a pas causé de préjudice à l'entrepreneur.

16 décembre 1896, Lamoureux c / Commune et fabrique

de Saint-Hilaire de Thalmont. La déchéance avait été irrégulièrement notifiée. Pas de préjudice, car l'entrepreneur avait commis des fautes suffisantes pour justifier une mesure de rigueur.

Même solution dans l'arrêt Oliveo Guidi c / Ville de Nice 16 mars 1883, p. 297. Des ordres de service avaient été irrégulièrement notifiés.

Bien que la déchéance soit abusive en fait, il arrive que le Conseil d'Etat refuse toute indemnité, ou n'accorde qu'une indemnité réduite. Par exemple, si l'entrepreneur a commis des fautes comparables à celles de l'Administration, le Conseil d'Etat établit une sorte de compensation entre le préjudice subi par l'entrepreneur et celui causé à l'Administration (19 février 1857, Laborie, p. 152 ; 17 juin 1898, Fontan c / Commune de Soulon). Dans cet arrêt, l'entrepreneur avait été déchu parce qu'il avait refusé d'exécuter un travail périlleux pour ses ouvriers. La déchéance était donc mal fondée, mais toute indemnité lui fut refusée car il avait, lui aussi, commis des fautes.

Quels que soient les torts, de l'Administration, le Conseil d'Etat refuse généralement une indemnité quand la résistance de l'entrepreneur est allée jusqu'à l'abandon des chantiers (8 août 1895, Humbert c / Commune de Chissey, p. 663 ; 3 mai 1895, Veuve Jolivald c / Ville d'Epinal, p. 379 ; 20 avril 1896, Langlade, p. 178).

Le Conseil d'Etat tient compte également de la légèreté avec laquelle un entrepreneur s'est porté adjudicataire et de la perte que lui évite le résiliation du marché, pour diminuer ou supprimer l'indemnité que celui-ci réclame après avoir fait déclarer mal fondée sa déchéance (1^{er} juillet 1914 Monin c / Ville de Belfort, p. 801, construction d'un égout ¹.

1. Autres arrêts refusant toute indemnité en l'absence de préjudices, 27 février 1857, p. 183 ; 14 janvier 1861, Dupont, p. 119).

Un autre arrêt doit être cité en raison de sa rédaction fort nette (11 novembre 1887, Prévost c / Département du Pas-de-Calais p. 795). Dans cette affaire, l'Administration avait en quelque sorte accumulé ses fautes. Non seulement les plans et devis n'avaient été remis que très en retard à l'entrepreneur, mais celui-ci avait été déchu malgré ses efforts pour satisfaire aux injonctions de la mise en demeure.

La régie était donc gravement viciée au fond. « Dans ces circonstances, dit le Conseil d'Etat, il y a lieu de laisser à la charge du Département du Pas-de-Calais les conséquences de la régie prononcée contre le sieur Prévost.

Mais « considérant, d'autre part, que le dit sieur Prévost ne justifie d'aucun préjudice qui lui aurait été causé par la mise en régie de son entreprise, que dès lors sa demande d'indemnité doit être rejetée »

Cet arrêt montre bien que le Tribunal ne s'attache pas, pour accorder une indemnité, à la nature du vice qui atteint la déchéance. Quelles que soient les circonstances de la cause, il applique toujours la règle. « Pas d'indemnité sans préjudice ».

Il est d'ailleurs nécessaire que le préjudice soit la conséquence directe de la déchéance. Dans l'arrêt Olivier c / Ville de Montbrison (28 juillet 1905, p. 704), le Conseil d'Etat a refusé le remboursement de débours divers, notamment de frais de voyage, car la relation de cause à effet n'était pas établie.

Le principe ainsi posé, nous devons étudier son application et voir les bases adoptées par le Conseil d'Etat pour le calcul de l'indemnité, lorsqu'elle est dûe. Notre étude sera celle des divers éléments possibles du préjudice.

La lecture des nombreux arrêts rendus en la matière montre que l'entrepreneur réclame soit :

a) des intérêts sur des sommes irrégulièrement retenues,
b) le remboursement de frais divers,
c) la réparation des conséquences de fautes de l'Administration.

d) le bénéfice dont il a été privé.

e) la réparation d'un préjudice moral ou professionnel.

f) le remboursement de matériaux indûment confisqués.

g) une indemnité de location ou d'usure de matériel.

a) *Intérêts sur les sommes retenues.*

Lorsque l'Administration ordonne une mesure de rigueur, elle a coutume de retenir les sommes qu'elle doit à l'entrepreneur. Au moment de la liquidation de l'affaire, elle se paie, sur ces sommes, de ce qui lui est dû. Si la déchéance se révèle irrégulière, cette retenue a été faite sans motifs et l'entrepreneur a droit à des intérêts (16 janvier 1894). Il convient de noter que pareille indemnité est toujours due, même quand la mesure de rigueur n'est viciée que dans la forme. En effet, l'Administration n'a aucune créance sur l'entrepreneur ; elle n'avait donc pas à se garantir par une retenue.

Par contre, il a été fréquemment jugé que l'entrepreneur n'avait pas droit à l'intérêt légal de son cautionnement, à dater de la déchéance. En effet, en vertu de l'art. 4 § 6 du Cahier des Clauses et Conditions Générales, le cautionnement reste affecté à la garantie des engagements contractuels de l'adjudicataire jusqu'à la liquidation définitive des travaux, (4 août 1879, Bouchet, p. 300).

Bien entendu, ces retenues peuvent être maintenues très longtemps, puisqu'il s'agit d'un règlement contentieux et que la procédure peut durer des années. Le fait d'être privé pendant une longue période de sommes importantes, peut

causer à l'entrepreneur un préjudice que de simples intérêts ne compensent pas. Ses difficultés de trésorerie peuvent, par exemple, l'empêcher de soumissionner de nouveaux travaux. Dans ce cas, une indemnité spéciale lui est due (1^{er} février 1911, Durrieu, p. 121).

b) *Remboursement de frais divers* :

L'Administration est normalement comptable des frais supplémentaires occasionnés à l'entrepreneur par la mesure de rigueur prononcée irrégulièrement contre lui. Divers arrêts fournissent des exemples d'indemnités accordées à ce titre : 1^{er} juillet 1914, Monin c / Ville de Belfort, p. 801. L'entrepreneur a obtenu le remboursement de sa patente. 12 juillet 1920, p. 701, Frappier et Benoist, construction de l'Hôtel des services électriques de la région de Paris. L'entrepreneur a obtenu une indemnité pour frais d'études insuffisamment amortis (il s'agissait de travaux en béton armé), frais d'adjudication, de location d'un terrain de dépôt.

Le remboursement des frais d'adjudication n'est pas toujours accordé même pour la partie du marché qui se trouve résiliée (voir par exemple 21 décembre 1901, Rey c / Département du Puy-de-Dôme, p. 911). En effet, il y aurait double emploi avec l'indemnité fréquemment accordée pour privation de bénéfices. (voir plus loin 28 juillet 1905 Olivier c / Ville de Montbrisson, p. 704 ; 30 novembre 1894, Ville de Toulouse, p. 640. Le demandeur était un sous-traitant renvoyé sans motif légitime, bien que le sous-traité eût été autorisé).

Une indemnité est parfois accordée pour tenir compte d'une augmentation de frais généraux (30 mai 1923, Armelin, p. 429) : dans cette espèce, le Conseil d'Etat a accordé

100 francs par jour pour immobilisation, logement et gardiennage du matériel.

Dans l'affaire Ville de Landrecies c / Bailleul (p. 977, 18 décembre 1888), le Conseil d'Etat a tenu compte de la location d'un hangar et du chômage d'ouvriers spécialistes dont l'entrepreneur ne pouvait se séparer sans diminuer sa faculté de travail.

En résumé, le Conseil d'Etat accorde le remboursement de tous les frais qui sont la conséquence directe des mesures de rigueur, à condition bien entendu que la déchéance irrégulière ne trouve pas son origine dans une faute de l'entrepreneur.

c) Réparations de conséquences de faute de l'Administration :

Ce troisième ordre d'indemnités est très voisin du précédent. Les arrêts distinguent mal les deux catégories, différentes pourtant, ainsi que quelques exemples vont nous permettre de le montrer. 10 décembre 1875, Joret c / Département du Calvados. Des ouvrages exécutés avant la déchéance ont été démolis par l'Administration, sans raison sérieuse. Ils doivent être payés à l'entrepreneur.

16 février 1894, Ville d'Agen c / Chaumeil et Verdier, p. 154. Des terrains avaient été remis en retard à l'entrepreneur.

1^{er} février 1911, Durieu, p. 121. L'entrepreneur n'avait reçu que des dessins insuffisants.

6 août 1887, p. 661. Le magasin de l'entrepreneur a été fracturé par les agents de l'Administration.

En résumé, on le voit, ces réclamations n'appartiennent pas à proprement parler, au contentieux de mesures de rigueur. Ce sont des griefs que l'on pourrait voir développer lors du règlement de toute entreprise terminée normalement.

Ce n'est que fortuitement qu'on les trouve dans des décisions qui ont eu à apprécier la régularité d'une déchéance.

d) *Privation de bénéfice.*

L'Administration doit tenir compte à l'entrepreneur du bénéfice qu'il aurait réalisé en exécutant les travaux dont il a été injustement déchu. Cela n'est vrai, bien entendu, que si cette privation de bénéfice ne provient pas d'une faute de l'entrepreneur. En effet, si celui-ci a commis une faute suffisante pour justifier sa déchéance le fait, pour lui, d'être privé de son bénéfice, même dans des conditions irrégulières, ne lui cause aucun préjudice.

De très nombreux arrêts ont accordé à l'entrepreneur une indemnité compensant son « manque à gagner » (17 juin 1899, p. 457 ; 1^{er} décembre 1899, Hardy c / Ministère de la Guerre p. 699 ; 11 mai 1900, p. 342 ; 28 juillet 1905, Olivier, p. 704 ; 2 février 1906, Ville de Constantine, p. 102 ; 30 mai 1923, Armelin p. 429).

Quant à la mesure de cette indemnité, on relève quelques arrêts qui accordent à l'entrepreneur le solde positif du compte de régie (9 avril 1868, Mestre, p. 401).

L'indemnité ainsi calculée est rarement suffisante. L'on ne doit pas se dissimuler que les travaux exécutés en régie coûtent fort cher. Quand la mesure est prise, les rapports sont tendus, les travaux paralysés. Il est difficile de trouver un régisseur capable de redresser une telle situation et même de conduire une entreprise qui marche normalement, il n'aura jamais l'aiguillon de l'intérêt personnel.

Aussi, le Conseil d'Etat cherche-t-il, en général à apprécier le bénéfice réel que l'entrepreneur pouvait attendre de son marché.

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de retrancher de cette indem-

nité le bénéfice que l'entrepreneur a pu réaliser comme tâcheron du régisseur (1^{er} décembre 1899, Collignon).

Il a été jugé, et cette décision doit être approuvée, (16 février 1894, Ville d'Agen c / Chaumeil et Verdier, p. 145) que l'art. 32 des Clauses et Conditions Générales ne s'applique pas en notre matière. Cet article stipule que l'entrepreneur doit souffrir, sans indemnité, une diminution de un sixième dans la masse des travaux. Mais cet article ne vise que le cas où les travaux sont, en fait, moins importants que ceux qui avaient été prévus. Il n'a pas pour effet de donner à l'Administration le droit d'enlever certains ouvrages à l'entrepreneur et de les faire exécuter par un autre. L'Administration ne doit pas pouvoir atteindre ce résultat, en appliquant une mesure coercitive.

La perte de bénéfice peut présenter encore une autre forme appelée souvent « perte de bénéfice et d'industrie ».

Il ne s'agit plus alors de ce que l'entrepreneur a perdu en ne terminant pas le travail dont il a été à tort déchu, mais en ne pouvant soumissionner d'autres travaux par suite de l'indisponibilité de son personnel de son matériel ou de sa trésorerie, au delà de la date où les ouvrages litigieux auraient dû être terminés. (16 février 1894, Ville d'Agen c / Chaumeil et Verdier, p. 145).

Sa rattache aussi à la perte de bénéfice, la dépréciation subie par le matériel ou les matériaux spéciaux, construits ou approvisionnés en vue d'un ouvrage déterminé et difficilement réemployables ailleurs (Joret c / Département du Calvados, 19 décembre 1865, p. 1003, construction d'un pont métallique).

e) *Préjudice professionnel et moral.*

La déchéance atteint la réputation de l'entrepreneur,

elle permet de suspecter la manière dont il tient ses engagements. Sa situation commerciale est diminuée et il éprouve des difficultés à se faire admettre à de nouvelles adjudications.

Si la déchéance était imméritée, l'entrepreneur subit de ce fait un préjudice dont réparation lui est due.

Pourtant, le Conseil d'Etat a longtemps refusé toute réparation de ce préjudice moral, difficile à évaluer (1^{er} décembre 1899, Hardy c / Ministère de la Guerre, p. 669).

Il y avait là une lacune grave dans l'application de ce principe de droit et d'équité, que tout préjudice doit être réparé.

Dans l'arrêt Olivier (28 juillet 1905, p. 704), le Conseil d'Etat abandonna heureusement sa jurisprudence et reconnut que le préjudice moral devait être indemnisé. Toutefois, en raison des circonstances de la cause, le Conseil nia le préjudice et refusa toute indemnité.

C'est l'arrêt Carretier c / Préfet d'Oran (25 juin 1909) qui marque la reconnaissance définitive du droit de l'entrepreneur à une réparation. Une indemnité de 10.000 francs fut accordée.

Depuis, le principe ne fait plus de doute (30 mai 1923, Armelin p. 429). Mais les indemnités accordées restent toujours exagérément faibles.

f) Remboursement des matériaux indûment confisqués ou rebutés irrégulièrement pris en charge, etc...

Nous avons vu qu'en cas de déchéance régulière, les matériaux acceptables, en stock sur le chantier, doivent être payés à l'entrepreneur. Il va de soi que cette règle d'équité s'applique *a fortiori* en cas de mise en régie abusive.

L'Administration doit donc tenir compte à l'entrepre-

neur des matériaux conformes aux exigences du devis existant sur le chantier et dont elle a pris possession (28 juillet 1905, Olivier ; 27 novembre 1903, Ministre des Travaux Publics c / Faillite Peyrot, p. 732, entreprise de l'approvisionnement du ballast et du ballastage et de pose de voie de la ligne de Montauban à Brives ; 11 mai 1900, Ville de Toulouse c / Mille p. 342 ; 17 juillet 1874, Commune de Saint-Ciers Lalande c / Milau Alaux, travaux de restauration d'Eglise ; 29 juin 1869, Fabre p. 653, construction du Palais de Justice à Lavaur ; 21 février 1896, Langlade).

Si l'inventaire a été contradictoire (21 février 1896, Langlade) ou s'il n'a pas été contradictoire du fait du mauvais vouloir de l'entrepreneur (16 mars 1883, Oliveo Guidi c / Ville de Nice, p. 297), l'entrepreneur ne pourra se faire payer que des matériaux entrés en inventaire, donc acceptés par l'Administration.

Si, au contraire, il n'y a pas eu d'inventaire, le Conseil d'Etat estime que l'Administration n'est pas fondée à soutenir que les matériaux n'étaient pas en état d'être reçus (21 juillet 1899, Préfet des Hautes Alpes c / Chaumeton frères, construction d'une partie du chemin vicinal de grande communication n° 3 et d'une baraque militaire au Col du Galibier).

De même, dans le cas de défaut d'inventaire, l'entrepreneur peut prouver les quantités restantes, par toutes sortes de moyens, notamment en présentant les factures de ses fournisseurs et ne déduisant de ses approvisionnements totaux que les matériaux théoriquement employés dans les ouvrages exécutés par lui. L'Administration a donc de grandes chances de payer des manquants accidentels. C'est là la véritable sanction du défaut d'inventaire.

En principe, ce qui doit être remboursé, c'est la valeur

des matériaux, telle qu'on peut la déduire du bordereau des prix et sous déduction du rabais consenti par l'entrepreneur (21 juillet 1899, Préfet des Hautes Alpes). Aucune indemnité n'est due pour des matériaux non employés. Cependant, si l'entrepreneur a subi un préjudice spécial, et notamment si on lui restitue des matériaux approvisionnés pour l'ouvrage litigieux et dont le remploi sur un autre chantier est aléatoire, une indemnité lui est due (10 décembre, Joret c / Département du Calvados, p. 1003).

L'entrepreneur injustement déchu peut d'ailleurs refuser les matériaux, même aisément réemployables, qu'on prétend lui restituer. Il a été victime de voies de fait. Il a droit à une réparation pécuniaire complète et on ne peut, contre son gré, l'indemniser partiellement en nature.

g) Location, usure du matériel.

Lorsque l'Administration a pris possession du matériel de l'entrepreneur et qu'elle ne le lui a pas restitué, ou si elle le lui restitue en très mauvais état, elle doit lui en payer le prix. Pour fixer le montant de l'indemnité, on se réfère à des inventaires contradictoires ou, s'il n'en a pas été établi par la faute de l'Administration, à tous documents (11 mai 1900, Ville de Toulouse c / Mille, p. 342 ; 17 juillet 1874, Commune de Saint Ciers Lalande ; 21 juillet 1899, Préfet des Hautes Alpes c / Chaumeton Frères, construction d'une partie du chemin vicinal de grande communication n° 3 et d'une baraque militaire au Col du Galibier, p. 554 ; 21 février 1896, Langlade).

Par contre, le Conseil d'Etat n'accorde aucune indemnité quand le matériel a été immédiatement rendu à l'entrepreneur. C'est une solution peu équitable et très dure pour l'entrepreneur, que l'on a injustement privé de travaux sur

lesquels il comptait pour amortir le matériel prématurément libéré (21 février 1896 Langlade).

Le Conseil d'Etat paraît avoir voulu affirmer que l'Administration, maîtresse absolue de ses actes, ne peut être contrainte à reprendre le matériel. Nous avons toujours admis qu'il était nécessaire de reconnaître à l'Administration un pouvoir discrétionnaire, mais il faut néanmoins que l'entrepreneur soit indemnisé pécuniairement de tous les préjudices qui peuvent lui être arbitrairement infligés. C'est là ce que le Conseil d'Etat cherche d'ordinaire à réaliser et la décision qui nous occupe paraît être une exception regrettable à la doctrine de la généralité des arrêts. Il faut au moins espérer que s'il s'agissait d'un matériel spécialement construit pour l'ouvrage litigieux, le Conseil d'Etat reprendrait la solution de l'arrêt (Joret c / Département du Calvados, que nous avons trouvé au paragraphe / ci-dessus, qui traite des matériaux.

L'Administration doit indemniser l'entrepreneur, de la dépréciation et de l'usure anormale du matériel conservé par la régie.

Seule l'usure *anormale* est prise en considération (16 février 1894, Ville d'Agen c / Chaumeil et Verdier, p. 145 ; 27 novembre 1903, M. T. P. c / la faillite Peyrot, ballastage et pose de voie. La simple usure du matériel n'ouvre pas droit à l'indemnité: 13 mars 1883, Oliveo Guidi c / Ville de Nice, p. 297 ; 1893, Thevenet, p. 214, pont sur la Marne).

Pourquoi l'entrepreneur ne peut-il pas être indemnisé de l'usure normale de son matériel ? Le Conseil d'Etat affirme dans ses arrêts qu'il doit être exonéré des conséquences onéreuses des mesures irrégulières. L'amortissement du matériel est bien une conséquence onéreuse, puisque l'entrepreneur ne reçoit pas le prix des travaux, que son

matériel continue à desservir, tandis que s'il avait la libre disposition de ce matériel, il pourrait l'affecter à un usage rémunérateur. Mais le Conseil d'Etat considère que l'entrepreneur s'est, par sa faute, exposé à être privé de son matériel et ne subit aucun préjudice. (16 mars 1883, Oliveo Guidi c / Ville de Nice, p. 300 ; Bouchet 4 avril 1829). Cette décision du Conseil d'Etat est difficile à justifier, même en cas de régie irrégulière en la forme. Elle doit être certainement écartée dans le cas d'une régie injuste au fond, où une location doit être payée à l'entrepreneur. Aucun arrêt n'a tranché cette question.

L'entrepreneur irrégulièrement déchu ne peut faire abandon de son matériel au maître de l'œuvre et en réclamer le prix (16 mars 1883, Oliveo Guidi c / Ville de Nice, p. 297).

C'est ce qu'exprime aussi l'arrêt Bouchet (4 avril 1879, p. 229) dans une espèce où aucun inventaire n'avait été établi.

« Sur les conclusions du Ministère des Travaux publics
« tendant à faire déclarer que l'Etat a été condamné à
« tort à payer au sieur Bouchet le prix de son matériel
« et de son établissement dont l'Administration a pris possession sans inventaire pour le service de la régie :

« Considérant que si contrairement aux termes de l'art. 35
« § 2 du Cahier des Clauses et Conditions Générales qui
« prescrit au cas de mise en régie d'un entrepreneur qu'il
« sera procédé en sa présence ou lui dûment appelé, à l'inventaire descriptif du matériel de l'entreprise, l'Administration a pris possession du matériel et des établissements
« du sieur Bouchet sans faire procéder contradictoirement
« à l'inventaire, l'omission de cette formalité ne pouvait
« avoir pour résultat de contraindre l'Administration à
« prendre le dit matériel à son compte, mais aurait seule-

« ment pour conséquence de permettre à l'entrepreneur de
« contester l'exactitude d'un inventaire auquel il n'a point
« été appelé ; que le sieur Bouchet soutenait devant le
« Conseil de Préfecture que l'irrégularité commise devait
« faire condamner l'Etat à lui payer le prix de son matériel
« et de ses établissements, mais ne contestait pas l'exac-
« titude d'un inventaire auquel il n'avait pas été appelé ; dans
« ces circonstances, c'est à tort que le Conseil de Préfecture a
« décidé que le sieur Bouchet avait droit de recevoir le
« prix du matériel dont il avait été irrégulièrement dessaisi
« et condamné l'Etat ...

Même solution dans l'arrêt Hardy c / Ministère de la Guerre (1^{er} décembre 1899, p. 699).

Cette solution du Conseil d'Etat qui refuse à l'entrepreneur déchu, même si la déchéance est viciée au fond, le droit d'imposer à l'Administration la reprise du matériel, paraît assez peu juridique.

De droit commun, en effet, tout individu injustement dépouillé a le choix entre une action en revendication et une demande de dommages et intérêts.

Le Conseil d'Etat refuse le second de ces recours. Une fois de plus, il paraît vouloir affirmer le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, à laquelle on ne doit pas pouvoir imposer l'acquisition d'un matériel.

Pourtant, si l'on comprend très bien que l'entrepreneur ne puisse forcer le maître de l'œuvre à utiliser le matériel, on ne voit pas la raison de lui refuser un recours purement pécuniaire. Là encore, il nous semble y avoir une lacune regrettable dans l'application de la doctrine du Conseil d'Etat qui, en thèse générale, applique le droit commun chaque fois que l'activité matérielle des chantiers ne peut pas en souffrir.

CONCLUSION

Cette étude des sanctions que l'Administration se réserve pour parer à la défaillance de ses entrepreneurs nous a montré qu'elles sont d'application très fréquente. La déchéance est une institution des plus pratiques et, chaque année, depuis leur création, les recueils d'arrêts du Conseil d'Etat en fournissent de nombreux exemples.

C'est en outre une mesure grave où des intérêts très importants se trouvent exposés ; sa mise en œuvre pose des problèmes techniques parfois délicats. Elle doit, de toute évidence, être aménagée avec beaucoup de soin.

On ne saurait guère adresser de critiques à la déchéance elle-même. C'est une institution du droit commun, et la moins imparfaite qu'on puisse imaginer pour procurer à un créancier l'exécution effective d'un contrat.

Il n'en va pas de même de la procédure de la déchéance. Certes, elle est rapide et c'est un grand avantage. Mais elle ne comporte pour l'entrepreneur que de faibles garanties. C'est un inconvénient grave, pour les deux parties d'ailleurs.

L'Administration juge sans contrôle de son propre procès, n'est en aucune façon protégée contre ses emportements. Les mesures de rigueur sont, au fond, appliquées à la demande et sur le rapport des ingénieurs qui, quelles que soient leurs qualités morales et d'impartialité, n'en ont pas moins été mêlés aux difficultés graves qui précèdent,

d'habitude, une décision de déchéance. Ils sont donc mal placés pour apprécier les fautes de l'entrepreneur, à plus forte raison celles qui ont pu être commises par leurs propres services. C'est la source de fréquents abus de droit.

De plus, l'Administration active n'est pas qualifiée pour appliquer une procédure aussi délicate que celle de la déchéance. De nombreuses irrégularités sont commises, que l'on éviterait si les décisions étaient prises, ou pour le moins, contrôlées par des spécialistes.

Les conséquences financières sont graves pour le Trésor, puisqu'un simple vice de forme suffit pour laisser à la charge de l'Etat les conséquences onéreuses de la déchéance. c'est-à-dire l'excédent de la dépense effective sur le prix convenu. En cas d'abus de droit, l'Etat doit en outre payer à l'entrepreneur des indemnités parfois lourdes.

La situation de l'entrepreneur est encore plus défavorable. Avant d'obtenir réparation, il est contraint de poursuivre une longue procédure que l'Administration a d'ailleurs tendance à faire durer, dans l'espoir d'obtenir une transaction favorable de la lassitude de son adversaire.

Même s'il plaide jusqu'au bout, l'entrepreneur n'obtient que rarement une satisfaction complète. Les divers éléments de préjudice seront appréciés sans générosité par les tribunaux administratifs ; les taux des intérêts accordés est inférieur à celui que réclament les Banques ; la somme finalement obtenue, lourdement grevée par les frais de défense. Enfin, fût-elle suffisante, l'indemnité n'est qu'une réparation indirecte du dommage subi, et nous savons que l'entrepreneur n'a aucun moyen d'éviter ou même de suspendre la réalisation de ce préjudice.

Est-il possible de remédier à ses inconvénients ? Peut-on concilier la nécessité administrative qui veut, si l'en-

trepreneur se révèle négligent, que les travaux soient exécutés, sans frais supplémentaires et dans le délai convenu, avec le droit de l'entrepreneur à n'être frappé que s'il a commis une faute et à être indemnisé complètement et rapidement de tous les préjudices que l'Administration peut lui causer.

Ces intérêts ne sont pas contradictoires. Les deux parties seraient satisfaites si elles disposaient d'une procédure judiciaire et rapide.

C'est de célérité en effet, que l'on a besoin surtout en notre matière, Nous avons dit souvent que l'intérêt général exige que les travaux publics ne souffrent aucun retard. A cette nécessité on sacrifie l'intérêt de l'entrepreneur, que l'on prive de garanties. Cette situation est pleine d'inconvénients. Pourtant il nous paraît impossible d'en faire grief aux rédacteurs des Cahiers, car l'intérêt privé doit s'incliner devant l'intérêt général.

La procédure unilatérale de déchéance est imposée par les lenteurs des Tribunaux administratifs. Pourtant, lors de leur création, on pensait que ces juridictions seraient beaucoup plus rapides que celles de l'ordre judiciaire ; ces espoirs ont été déçus. Malgré des réformes successives, on n'a pu empêcher un extraordinaire encombrement des rôles, maintes fois relevé par la doctrine et au Parlement ¹. Tous ceux qui étudient ce problème réclament la fin d'un état de choses qui enlève à la garantie que représentent ces juridictions, la plus grande partie de sa valeur. On doit s'associer à ces doléances, mais l'expérience interdit de compter beaucoup sur leur succès.

1. Débats parlementaires, Sénat, Rapport de M. Antoine Perrier (Officiel, Annexes, 4 juin 1910) Chambre des Députés, Discours de M. Paul Doumer, (Officiel, 1^{er} février 1910).

C'est donc sans doute une utopie que d'attendre, comme le font certains, d'une réforme des tribunaux administratifs, une accélération suffisante de la procédure pour qu'on puisse revenir au Droit commun en matière de déchéance.

Il n'en reste pas moins que la science et l'impartialité des magistrats rendent leur intervention dans les difficultés qui nous occupent, extrêmement désirable.

Dans ce but, on a souvent proposé d'ouvrir à l'entrepreneur contre les décisions unilatérales de l'Administration, un recours en référé. Ce recours serait, dans bien des cas, d'une indiscutable utilité, notamment en ce qui concerne les vices de forme. Ils sont souvent le fait d'un administrateur praticien ignorant de la procédure. Ils n'en sont pas moins très dangereux pour le Trésor, et il serait précieux que le Président du Conseil de Préfecture puisse, soit paralyser l'exécution d'une décision émanant d'une autorité administrative, soit ordonner l'accomplissement d'une formalité contractuelle, par exemple, faire dresser un inventaire.

Par contre, il paraît délicat de confier au juge des référés, le soin d'apprécier au fond, les décisions administratives, même pour s'en tenir à une conclusion provisoire. D'une part, en effet, les difficultés qui naissent en matière de travaux publics sont souvent complexes et ne peuvent être appréciées que par un homme de l'art. Une instance de référé aboutirait toujours à une longue expertise. D'autre part, ce juge ne pourrait que suspendre l'application de la mesure de rigueur et renvoyer les parties devant la juridiction ordinaire, seule compétente pour décider du sort final du contrat. Saisir la juridiction ordinaire signifie lenteurs et délais. On aurait ainsi une période inacceptable de discussions et de paralysie des chantiers.

En réalité, et dans l'état actuel de l'organisation judiciaire, le pouvoir de décision conféré à l'Administration ne peut guère lui être retiré. On peut simplement désirer qu'on l'aménage pour donner à l'entrepreneur toutes les garanties compatibles avec la rapidité indispensable dans l'application des mesures.

D'abord, nous venons de le voir, le juge des référés administratifs pourrait recevoir la compétence d'arrêter l'exécution d'une mesure ordonnée irrégulièrement dans la forme.

Ensuite, il serait juste d'exiger le respect scrupuleux du contrat. Toutes les formalités convenues devraient être imposées, notamment l'établissement d'un inventaire contradictoire du matériel et des matériaux. Il est inadmissible que l'Administration puisse confisquer des biens sans en délivrer une reconnaissance régulière. En outre, tous les Cahiers devraient prévoir un inventaire des travaux exécutés.

Une autre formalité importante est le référé au Ministre. Lui aussi devrait être formellement exigé. On peut même désirer que le Ministre lui-même, plutôt que le Préfet, soit appelé à ordonner les mesures de rigueur.

Il ne devrait d'ailleurs pouvoir décider qu'au vu du rapport d'un Inspecteur général.

En effet, il existe un corps de hauts fonctionnaires de grande expérience administrative et technique, les Inspecteurs généraux des Ponts et Chaussées. Ils sont les conseils des Ministres. Ils suivent les travaux, les surveillent, mais sont placés assez haut pour ne pas connaître les petites difficultés de chaque jour. De plus, extrêmement mobiles, ils peuvent facilement se rendre sur place et mener l'enquête approfondie qui s'impose avant une mesure aussi grave que la déchéance.

Il nous paraît désirable qu'un rôle prépondérant lui soit attribué, dans l'application des mesures de rigueur.

Vu, le Doyen,
E. ALLIX

Vu, le Président de la Thèse
A. MESTRE
17 octobre 1933

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris.
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

AUCOC. — *Conférences sur l'Administration et le Droit administratif*, t. II.

BARRY. — *Commentaire du Cahier des Clauses et Conditions générales* (1931).

CHRISTOPHLE. — *Traité des Travaux Publics*.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil*, 5^e édition, 1929.

DESJONQUIERES. — *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, Thèse, Paris, 1926.

HAURIOU. — *Précis de Droit administratif*, 1927.

LAFERRIERE. — *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*.

MARIZIS et COT. — *Manuel juridique des Travaux publics*.

MESTRE. — *Contentieux administratif*, Cours de Doctorat.

MONTMERLE. — *Situation juridique de l'Entrepreneur de Travaux publics*

PERRIQUET. — *Traité théorique et pratique des Travaux publics*

PLANIOL et RIPERT. — *Traité de Droit civil*.

POREE et CUÉNOT. — *Des entreprises de Travaux publics*.

RENE et FENNELET. — *Clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées de 1892*.

TABLE DES MATIÈRES

TEXTES	1
INTRODUCTION	1

PREMIERE PARTIE

LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION

Objet de cette partie	12
Chapitre Préliminaire. — Les mesures coercitives autres que la déchéance	13
Pénalités pour retard	13
Exécution d'office	17
Mesures coercitives du droit commun	18
Chapitre premier. — La mise en demeure	23
But	23
Textes	23
Plan	24
a) Quand l'Administration peut-elle mettre en demeure ?	25
b) Autorité compétente pour mettre en demeure	26
c) Rédaction de l'arrêté de mise en demeure	29
d) Délai pour satisfaire à la mise en demeure	30
e) Forme et notification de l'arrêté de mise en demeure	33
f) Cas dans lesquels il n'y a pas lieu à mise en demeure	35
Chapitre II. — La mise en régie provisoire	37
Textes	38
Plan	40
a) Qui a qualité pour ordonner la mise en régie	41
b) Cas où il y a lieu d'en référer au Ministre	43

c) Délai	45
d) Constatation de l'inexécution des prescriptions de l'arrêté de mise en demeure	47
e) Sur quels travaux doit porter la mise en régie	50
f) Notification de l'arrêté de mise en régie	53
g) Constatation des travaux exécutés	53
h) Inventaire du matériel et des matériaux	55
i) Fonctionnement de la régie provisoire	55
j) Cas où la régie provisoire n'a pas lieu	60
Chapitre III. — Les mesures définitives	63
Plan	63
<i>Section première. — Généralités</i>	<i>91</i>
a) Autorité compétente pour choisir la mesure à appliquer	64
b) Les diverses mesures	65
c) Généralité et irrévocabilité du choix	67
<i>Section II. — La mise en régie</i>	<i>68</i>
Préliminaires et Plan	68
a) Définition	69
b) Fonctionnement de la régie	71
c) La fin de la régie	73
d) Le compte de régie	75
<i>Section III. — La résiliation</i>	<i>76</i>
<i>Section IV. — La réadjudication à la folle enchère</i>	<i>78</i>
a) Définition	79
b) Identité des deux adjudications	79
c) Conséquences de la réadjudication	83

DEUXIEME PARTIE

LES DROITS DE L'ENTREPRENEUR

Plan	93
Chapitre Préliminaire. — Quels sont les recours possibles	95
<i>Section première. — Recours non contentieux</i>	<i>95</i>
1° Recours gracieux	95
2° Recours hiérarchique	97
<i>Section II. — Recours contentieux</i>	<i>99</i>
1° Caractères généraux du recours	100
a) Caractères généraux	100

b) Délai dans lequel le recours doit être exercé, forclusion.	104
c) Fin de non recevoir opposable au recours. Acquiescement ..	105
d) Le recours de la loi du 28 pluviôse an VIII, peut-il être exercé par l'Administration	106
2° Autres recours	107
Chapitre premier. — Critiques de forme et critiques de fonds ..	113
<i>Section première. — Critique de forme</i>	114
Plan	116
a) Critiques adressées à l'acte de mise en demeure	116
b) Critiques adressées à l'acte prononçant la mise en régie provisoire	121
c) Critiques adressées à l'acte prononçant la mesure définitive	125
<i>Section II. — Critique de fond</i>	126
Notions générales. Plan	126
I. Preuve	127
II. Manquements de l'Entrepreneur de nature à justifier une mesure de déchéance	128
a) Violation des dispositions contractuelles	130
b) Méconnaissance des ordres de service	134
III. — Inexécution justifiée	139
a) Faits postérieurs à la dissolution du contrat	139
b) Cas fortuit et de force majeure. Imprévision	141
1° Définitions	141
2° Cas fortuits et de force majeure	144
Faits naturels	144
Faits de l'homme ou du prince	145
3° Sujétions	145
4° Imprévision	146
5° Preuve	147
c) Délai exagérément court	148
d) Faute de l'Administration	148
1° Retards de l'Administration. Plans défectueux	149
2° Agissements coupables de l'Administration	151
3° Retard dans le versement des acomptes	152
5° Ordres de service abusifs	154
6° Mesures de rigueur prises, bien que l'entrepreneur ait obéi aux ordres qui lui avaient été donnés	155
Chapitre II. — Effets du recours de l'entrepreneur	157
Généralités et Plan	157
<i>Section première. — Mesures de déchéance régulière</i>	157
a) Contestations portant sur le décompte	157
1° Compte de régie	157

2° Pénalité de folle enchère	160
3° Délai utile pour introduire la réclamation	160
b) Matériaux	161
c) Matériel	162
<i>Section II. — Mesures de déchéance irrégulière</i>	<i>164</i>
1° Décharge des conséquences onéreuses de la mesure	164
2° Indemnité pour divers préjudices	166
a) Intérêts sur des sommes irrégulièrement retenues	170
b) Remboursement de frais divers	171
c) Réparation des fautes de l'Administration	172
d) Perte de bénéfice	173
e) Préjudice moral ou professionnel	174
f) Remboursement des matériaux	175
g) Location, usure du matériel	177
CONCLUSION	181
BIBLIOGRAPHIE	187

